

الطعن في أحكام القضاء

دراسة مقارنة

بين الفقه الإسلامي والنظم الإسلامية والقانون المصري

أحمد جدامي

بحثٌ أصله رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية

من كلية دار العلوم - جامعة القاهرة

الطعن في أحكام القضاء

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظم الإسلامية والقانون المصري

بحثٌ أصله رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية

من كلية دار العلوم - جامعة القاهرة

تأليف

أحمد إبراهيم محمد جدامي

<table>
<tr><td colspan="2">

هذا البحث

أصله رسالة ماجستير بتقدير امتياز من قسم الشريعة الإسلامية

كلية دار العلوم – جامعة القاهرة

وهو إصدار أول منقح، ومراجع،

وبه تعديلات يسيرة، مقارنةً بالنسخة المسلَّمة إلى مكتبات الجامعات المصرية.

إصدار رقمي مجاني - بدون دار نشر

</td></tr>
<tr><td>رابط الرسالة
على موقع اتحاد مكتبات الجامعات المصرية</td><td>https://shorturl.at/DqceI</td></tr>
<tr><td>سنة الإصدار</td><td>١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م</td></tr>
<tr><td>للتواصل مع الباحث</td><td>godamy@cu.edu.eg</td></tr>
</table>


بسم الله الرحمن الرحيم

الطعن في أحكام القضاء

دراسة مقارنة

افتتاح

قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥]

وقال العلامة ابن القيم:

«فالرضا بالقضاء الديني الشرعي واجب، وهو أساس الإسلام، وقاعدة الإيمان، فيجب على العبد أن يكون راضيا به بلا حرج، ولا منازعة، ولا معارضة، ولا اعتراض». مدارج السالكين (٢/ ١٨٩)

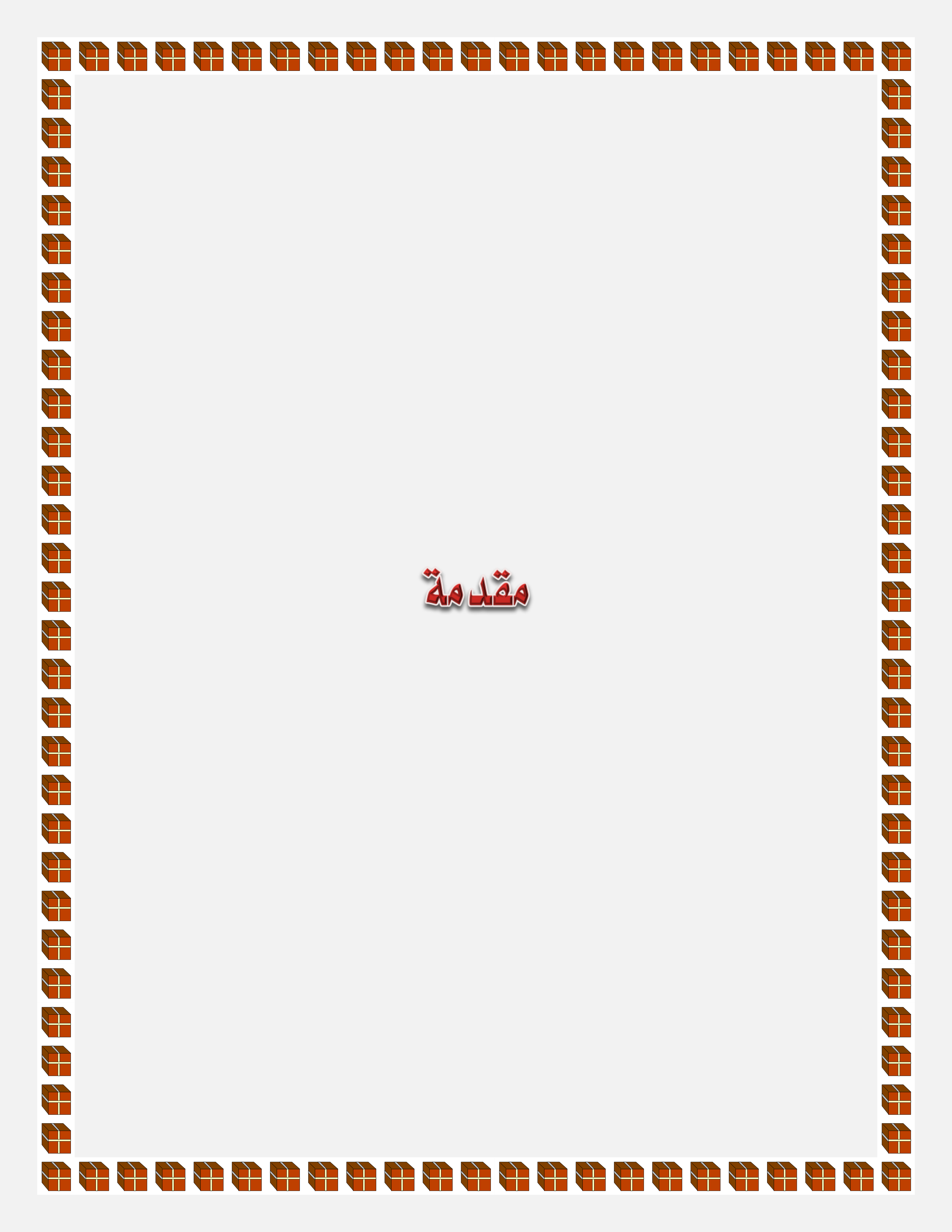
وقال أيضا:

«وأما الأحكام التي أُمر بدفعها فلا يجوز له التسليم إليها، بل العبودية مدافعتها بأحكام أخر أحب إلى الله منها». مدارج السالكين (٢/ ١٤٦)

إهداء

صدر البيت		عجز البيت
أَهْدَيْتُ بالحبِّ ما قدَّمتُ مِن عملٍ	***	إنْ كان ثَمَّةَ إبْداعي وتَحسيني
إلى الذين هُمُ : إنْ يَكْفِهِمْ هِبَتي	***	نفسي وروحي لَهُم مَّا كَانَ يَكْفِيني
للإبْرهيمينِ مِنْ أصْلٍ ومِن فَرْعٍ	***	وللنَّوالينِ ذكراهُمْ تُسَلِّيني
ومَنْ رزقتُ بها في عِيشتي رَغَدًا	***	وللبعيد الذي أَرْجو يُواتيني
وللتي قَد مضتْ في أوجِ زهرتِها	***	وخَلَّفَتْ أَدْمُعًا حرَّى لِتُدْميني
وللتي نَسجتْ مِنْ حُسنِ عِشْرتِها	***	ثوبًا قَشيبًا عَطيرًا بالرياحين
إلى مُعَلِّمتي "دارِ العُلوم" فَمَا	***	بغير "دارِ العلوم" الفقهُ في الدين
وعَلَّمتني فنونَ الشعرِ أَنْظمُه	***	فَذَاك بَحر البسيطِ اليومَ يغريني
أَرقصتُه طربًا فطاعَني أدبًا	***	واهتزَّ لي عجبًا من فرطِ تفنيني
أُهدي إلى جَمْعكُمْ جُهد المقلِّ وكمْ	***	بالحب يُؤتَى المقلُّ خَيرَ تثمين

شعر/ أحمد جُداميّ



مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فلم يزل أغلب رجالات التشريع وسن القوانين في عالمنا الإسلامي منصرفين عن الفقه الإسلامي – إلا في مجالات محدودة – ومفضلين أخذ أكثر التشريعات والقوانين من الفقه الغربي، وذلك على الرغم من تقدم البحث الفقهي الإسلامي المقارن، وتحديثه المستمر، ورغم استنارته بمختلف النظريات والمبادئ القضائية الحديثة.

وقد حاولتُ – من خلال هذه الأطروحة – أن أشارك أساتذتي وزملائي الباحثين في الفقه الإسلامي في طرح رؤًى فقهية، لها من الجدة والاستنارة ما يجعلها تلفت نظر واضعي مشروعات القوانين إلى ما بالفقه الإسلامي من كنوز تشريعية، ونظريات ثرية تُسهم في نهضة قانونية وفقهية، ليس للعالم العربي والإسلامي فحسب، بل بوسعها أن ترشد البشرية إلى ما هو أفضل، وإلى ما من شأنه أن يقنع العقل، ويوافق الفطرة، ويسبب الطمأنينة للإنسان.

ولئن كنتُ ممن لا يحبذون المسارعة في اتهام المشرع – الزاهد في ذخائر الفقه الإسلامي – بأنه قد انصرف عنه لنقص في تدينه، أو لضعف في إيمانه، أو بأنه «عميل للغرب»، فإنني كذلك لا أميل إلى المسارعة في «جلد الذات» باتهام البحوث الفقهية المعاصرة بأنها في مستوى متدنٍ من الضحالة والسطحية مقارنة بالفقه الغربي، بشكل يبرر انصراف رجال التشريع عنهاً. فكلا الاتهامين لا يبنى عليهما سوى ما نراه من توسيع للهوة بين الفريقين اللذين – مهما يكن – ينتميان إلى البيئة الحضارية نفسها، وكلاهما يتطلع إلى إحداث نهضة مجتمعية، ويقظة من حالة الضعف والتخلف الذي تمر بها أمتنا.

ويتعرض هذا البحث لموضوع الطعن في أحكام القضاء، فيدرسه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، والنظم الإسلامية الحديثة، وقانون المرافعات المصري، ويعد هذا الموضوع أحد الموضوعات الإجرائية في باب القضاء، ويبدو أن النظرة إلى الإجراءات على أنها غير ذات أهمية كبيرة مقارنة بالأحكام الموضوعية كانت وراء انصراف بعض الباحثين في الفقه الإسلامي عنها، في حين أن القوانين الغربية قد تقدمت فيها وتفوقت، محدثة فجوة كبيرة بينها وبين غيرها من النظم القانونية في مجال دراسة الأحكام الإجرائية والشكلية والتنظيمية، ونظرا لتخصصي

العام في الشريعة الإسلامية، فيشرفني محاولة أن أكون مع أولئك الذين يسدون تلك الثغرة.

وإشكالية الدراسة أنه منذ أن نحيت الشريعة الإسلامية عن القضاء في أواخر القرن الثالث عشر الهجري، التاسع عشر الميلادي، والفقه الإسلامي المتعلق بالقضاء متوقف تقريبا عن التطور والنمو، في حين لم تحرم القوانين الوضعية من هذا التوسع والنمو والتطور الذي يواكب تطبيقها ويسايره.

ففي مجال الطعن في أحكام القضاء أحسب أن بعض ما لدينا من مسلمات فقهية لا يصلح للتطبيق في هذا العصر إلا أن نبذل الجهد في تنميته وتطويره، مثل جواز الدفع بعد الحكم، ودفع الدفع، ودفعه إلى ما لا نهاية، ومثل نقض النقض، ونقضه من جميع القضاة دون ضوابط واضحة، ومثل نقض أحكام القاضي المقلد حتى ولو كانت صحيحة، ومثل عدم جواز إلزام القضاة بأحكام موحدة، وغير ذلك.

فالإشكالية الكبرى هنا وهي: كيف ننجح في تطوير منظومة جديدة للطعن في أحكام القضاء في الفقه الإسلامي تناسب العصر، دون أن ننسلخ من جلدته، وننفصل عن جذوره، ودون أن نقع فريسة لآفة التأثر السلبي بالحضارة الأكثر تقدما، والنقل الحرفي منها؟

وعن تلك الإشكالية الكبرى تتفرع إشكاليات أخرى، مثل:

- إذا كان الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي يكون في حالة انطواء الحكم على مخالفة شرعية بينة، فهل يُفتح الباب للطعن بالنقض بشكل دائم، ويسمح به المرة بعد المرة، حتى بعد أن تحكم فيه محكمة النقض؟ وهل يجوز وضع حد لذلك لكيلا تتأبد النزاعات؟ وهل يجوز أن تكتسب أحكام بعض المحاكم العليا التي تفصل في الطعن بالنقض صفة النهائية الباتة؟ أم هل يجوز الطعن عليها هي أيضا إن وجدت فيها مخالفة شرعية بينة؟ وهل يعد إكسابها صفة النهائية الباتة يكسب العصمة المطلقة لأحكام صادرة من بشر يصيب ويخطئ؟
- هل الطعن بالاستئناف جائز في الإسلام؟ وكيف يتفق ذلك مع ما قاله كثير من الفقهاء من أن الحكم إذا كان خاليا من الخلل، مستوفيا للشروط فلا يعاد النظر فيه مرة أخرى؟ في حين يذهب أكثر الفقه الوضعي المعاصر إلى إتاحته لأي محكوم عليه، من باب أنه حق للمحكوم عليه في التقاضي على درجتين، بغض النظر عن صحة الحكم الأول أو خطئه.
- هل النظم الإسلامية الحديثة - كالنظام العثماني والنظام السعودي - طبقت الاستئناف

فعلا بوصفه درجة ثانية من التقاضي، أم جعلته صورة من صور الرقابة الشرعية على الأحكام؟

هذا، وقد حددتُ نطاق الدراسة في الفقه الإسلامي بالمذاهب الأربعة، وأوليت أهمية خاصة لمناقشة آراء الفقهاء المعاصرين، واستعراض طروحاتهم بشأن أغلب مسائل الدراسة، كما تناولت من النظم الإسلامية الحديثة ما يأتي:

- مجلة الأحكام العدلية العثمانية، وقد وضعت موضع التنفيذ في ٢١ شعبان ١٢٩٣هـ، الموافق ١١ سبتمبر ١٨٧٦م.
- نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ وبتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ الموافق ٢٠٠٠/٨/٢٠م.
- نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد، والذي صدر حديثا بالمرسوم الملكي رقم م/١ في ١٤٣٥/١/٢٢هـ، الموافق ٢٠١٣/١١/٢٥م.
- وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني الصادر برقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م.
- قانون الإجراءات المدنية السوداني ١٩٨٣م.

وتعد هذه النظم من الفقه الإسلامي بمفهومه الواسع، وذلك لما يأتي:

- أنها نصت على مرجعية الشريعة الإسلامية، فلم تكتف بكون فقهاء الشريعة الإسلامية يستشارون في مشروعيتها النهائية، فقد نص نظام المرافعات السعودي في مادته الأولى على أنه: «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة...» ونص قانون المرافعات اليمني على مرجعية الشريعة في التقاضي، فورد في مادته السادسة عشرة: «المتقاضون متساوون في ممارسة حق التقاضي، ويلتزم القاضي بإعمال مبدأ المساواة بين الخصوم في هذا الحق متقيدا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين النافذة».
- أن الأصل في القوانين الإسلامية أنها أحكام فقهية، صيغت مشاريع قوانين، ثم سنتها السلطة التشريعية قوانين لازمة.

هذا، وقد حاولت الاستئناس - أيضا - بمشروع تقنين الشريعة الإسلامية الذي عرض على مجلس الشعب المصري عام ١٩٨٢م، في دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل

التشريعي الثالث، في الجلسة المنعقدة بتاريخ ١ يوليو ١٩٨٢م، وقد وضعته كوكبة من علماء مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، ونخبة من فقهاء القانون، وكانت لجنة التقاضي برئاسة الأستاذ المستشار ممتاز نصار قد وضعت مشروع قانون إجراءات التقاضي في ٥١٣ مادة، وقد اشتمل المشروع على طرق الطعن على الأحكام، ورغم أني وجدت ذلك المشروع العام بتقنين الشريعة مطبوعا باسم (قانون الشريعة الإسلامية) في دار ابن رجب، إلا أنني لم أعثر فيه على مشروع إجراءات التقاضي المذكور؛ لذا تقدمت بطلب للتردد على مكتبة مجلس الشعب، واستطعت بالفعل الذهاب إلى المكتبة، غير أني لم أُمكن من الاطلاع على لذلك المشروع.

أما في جانب النظم القانونية الوضعية فقد حددتُ نطاق الدراسة بقانون المرافعات المدني المصري، أي إنني لا أدرس (الطعن) في قانون الإجراءات الجنائية مثلا، كما أنني لا أدرس القوانين غير المصرية إلا أن أجد ما يبرر التعرض لها.

ومن الدراسات السابقة التي أفدت منها ما يأتي:

- كتاب السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، لمفتي جمهورية مصر العربية الأسبق الدكتور نصر فريد واصل، غير أنه بسبب عمومه لموضوع نظام القضاء، لم يفرد للطعن في الأحكام سوى بضع صفحات، برغم أنه بحث مقارن بالقانون المصري، وبرغم أنه عرض لجميع صور الطعن في الفقه الإسلامي والقانون المصري.
- كتاب نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، وهو أيضا لم يول الطعن سوى بضع صفحات، كما أنه لم يتعرض لصور معينة من الطعن، كالمعارضة في الحكم الغيابي، والطعن بالتمييز أو الاستئناف، علاوة على أنه لم يكن دراسة مقارنة بأي من نظم القانون الوضعي.
- رسالة دكتوراه بعنوان «درجات التقاضي في الفقه الإسلامي، وتجربة تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان» للدكتور حيدر أحمد دفع الله، من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، عام (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)، وهي أقرب الرسائل إلى موضوع بحثي، مع أن عنوانها لا يشي بذلك؛ حيث إن موضوع درجات التقاضي الأصل فيه أن يبحث الاستئناف، وربما الاستئناف والمعارضة فقط؛ بوصفهما درجة ثانية من التقاضي، أما النقض والتماس

إعادة النظر فلا يدخلان في الموضوع أصالة، ولكنه تعرض لهما أيضا، من باب كونهما ذوي علاقة بمراحل التقاضي، لكنه لم يدرسهما دراسة مباشرة، ولم يستعرض الأسباب والإجراءات في كل منهما، ومما يجدر ذكره أن الباحث قد تناول الموضوع تناولا مقارنا بالقوانين السودانية وكثير من النظم الوضعية.

- رسالة دكتوراه بعنوان: «حجية الحكم القضائي - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي» للباحث مراد كاملي، من كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، بجامعة باتنة بالجزائر، عام (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، وهو بحث في مفهوم حجية الحكم القضائي وشروطها وآثارها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

وقد قسمت البحث إلى فصول أربعة مسبوقة بمقدمة، ومدخل تمهيدي، ومتبوعة بخاتمة، وبيان ذلك كما يأتي:

- مدخل تمهيدي، وفيه ما يأتي:
  المبحث الأول: فكرة موجزة عن النظام القضائي الإسلامي
  المبحث الثاني: تعريف الطعن في أحكام القضاء
  المبحث الثالث: مشروعية الطعن في أحكام القضاء
  المبحث الرابع: أسس تحديد طرق الطعن
- الفصل الأول: الطعن بطريق النقض، ويشمل ما يأتي:
  المبحث الأول: ماهية الطعن بالنقض، وعلاقته بالنظام القضائي
  المبحث الثاني: محكمة النقض واختصاصها
  المبحث الثالث: أسباب النقض
  المبحث الرابع: الخصوم في الطعن بالنقض
  المبحث الخامس: إجراءات الطعن بالنقض وآثاره
- الفصل الثاني: الطعن بطريق التماس إعادة النظر، وفيه المباحث الآتية:
  المبحث الأول: ماهية التماس إعادة النظر ومشروعيته
  المبحث الثاني: أسباب التماس إعادة النظر وضابطها
  المبحث الثالث: إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر وآثاره
- الفصل الثالث: الطعن بطريق المعارضة، وفيه ما يأتي:

تمهيد حول مصطلح المعارضة
المبحث الأول: مفهوم الحكم الغيابي ومشروعيته
المبحث الثاني: نفاذ الحكم الغيابي وطريق الطعن فيه
المبحث الثالث: إجراءات الطعن في الحكم الغيابي وآثاره

- الفصل الرابع: الطعن بطريق الاستئناف، وفيه ما يأتي:

المبحث الأول: ماهية الاستئناف
المبحث الثاني: الاستئناف والتقاضي على درجتين شرعا وعقلا
المبحث الثالث: محكمة الاستئناف
المبحث الرابع: ما يجوز استئنافه وما لا يجوز
المبحث الخامس: الخصوم في الطعن بالاستئناف
المبحث السادس: إجراءات الطعن بالاستئناف وآثاره

- خاتمة البحث، وتشتمل على ما يأتي:

أولا: النتائج
ثانيا: التوصيات
ثالثا: المقترحات

ثم أتبعت ذلك بمجموعة متنوعة من الفهارس المتنوعة.
ولله الحمد من قبل ومن بعد.

مدخل تمهيدي
إلى الطعن في أحكام القضاء

ويشتمل على ما يأتي:

- المبحث الأول: تعريف الطعن في أحكام القضاء
- المبحث الثاني: مشروعية الطعن في أحكام القضاء
- المبحث الثالث: أسس تحديد طرق الطعن
- المبحث الرابع: نبذة حول مصادر الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

تعريف الطعن في أحكام القضاء

وفيه ثلاثة مطالب، كما يأتي:

- المطلب الأول: تعريف القضاء
- المطلب الثاني: تعريف الحكم القضائي
- المطلب الثالث: تعريف الطعن في الأحكام القضائية

المطلب الأول
تعريف القضاء

أولا: القضاء في اللغة:

(القضاء) مصدرٌ على وزن (فَعَال) للفعل (قضى – يقضِي)، «وأصله قضاي؛ لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت»[(١)].

ومادة هذا اللفظ تستخدم للدلالة على معانٍ شتى، ورغم كثرة المعاني التي تستخدم لها هذه المادة إلا أنها جميعها تتضمن الدلالة على إنجاز الأمر، والفراغ والانتهاء منه[(٢)]، ومن هذه المعاني – طبقًا للمعاجم العربية[(٣)] – ما يأتي:

١- القضاء بمعنى الحكم: وهو المعنى المراد في موضوعنا.

٢- القضاء بمعنى الصنع والتقدير.

٣- القضاء بمعنى البلوغ والنيْل.

٤- القضاء بمعنى إنجاز الأمر وإنهائه والفراغ منه.

٥- القضاء بمعنى الموت.

٦- القضاء بمعنى القتل: يقال «ضربه فقضى عليه، أي قتله».

٧- القضاء بمعنى الخلق.

---

(١) الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م): مادة (ق ض ي) ج٦/ص٢٤٦٣؛ وانظر: لسان العرب، لجمال الدين محمد بن علي بن أحمد، المعروف بابن منظور (ت٧١١هـ)، تحقيق عبد الله الكبير وآخرين، دار المعارف، القاهرة، ط١، (١٩٨٤م): مادة (ق ض ي) ج٤١/ص٣٦٦٥؛ تاج العروس من جواهر القاموس، للسيد محمد مرتضى الزبيدي (ت١٢٠٥هـ)، تحقيق عبد المجيد قطامش وآخرين، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ط١،(٢٠٠١م-١٤٢٢هـ): مادة (ق ض ي) ج٣٩/ص٣١٠.

(٢) انظر: لسان العرب: مادة (ق ض ي) ج٤١/ص٣٦٦٥؛ تاج العروس: مادة (ق ض ي) ج٣٩/ص٣١٦.

(٣) انظر: الصحاح: مادة (ق ض ي) ج٦/ص٢٤٦٣؛ مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ)، تحقيق عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م): مادة (ق ض ي) ج٥/ص٩٩؛ ولسان العرب: مادة (ق ض ي) ج٤١/ص٣٦٦٥؛ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت٧٧٠هـ)، تحقيق حمزة فتح الله ومحمد حسنين الغمراوي، القاهرة، المطابع الأميرية لوزارة المعارف العمومية المصرية، ط٥ (١٩٢٢م): مادة (ق ض ي) ج٢/ص٦٩٦؛ القاموس المحيط: مادة (ق ض ي) ج٤/ص٣٧١؛ تاج العروس: مادة (ق ض ي) ج٣٩/ص٣١٠.

ثانيا: تعريف القضاء[١] في اصطلاح علماء الشريعة:

عُرف القضاء لدى علماء الشريعة بتعريفات مختلفة، منها ما يأتي:

١- عُرف بأنه «الإلزام»[٢].

وقد اعتُرض عليه بأن الإلزام إن كان حسيا كالحبس فقد لا يكون في سلطان القاضي، وإن كان في سلطانه فهو ليس من القضاء، أما إن كان دينيا فتشترك معه الفتيا[٣]، واعترض أيضا بأن الحكم القضائي قد لا يكون فيه إلزام أصلا، كالحكم بعدم الحجر[٤]، ولهذا السبب آثر المعترضون عبارة (إنشاء إلزام) بدلا من إلزام[٥].

كما أن (الإلزام) هو – عند بعضهم – ما يقال في تعريف «التنفيذ» الذي كان قديما من اختصاص القاضي[٦]، والتنفيذ بدوره قد يأتي بمعنى الإلزام بالحكم وتطبيقه، وقد يأتي بمعنى تأييد المحكمة لحكم قضاء سابق طُعن فيه أمامها[٧]، مما يستدعي التفرقة الدقيقة بين كل هذه المصطلحات، وتجنب تداخلها.

٢- وعُرف القضاء بأنه: «قول ملزم يصدر عن ولاية عامة»[٨].

غير أنه – لشدة عمومه – يكاد ينطبق على كل السلطات العامة الحاكمة: تنفيذية كانت أو قضائية أو تشريعية.

---

(١) لعلماء الشريعة اصطلاح آخر للقضاء في مجال العبادات، وهو ما يقابل أداء العبادة في وقتها، وقال عنه الفيومي في المصباح المنير: «وهو مخالف للوضع اللغوي لكنه اصطلاح بين الفقهاء للتمييز بين الوقتين»: ج٢/ص٦٩٦.

(٢) الإنصاف: ج١١/ص١٥٤؛ وقال الصنعاني: «إلزام ذي الولاية بعد الترافع» سبل السلام بشرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعيل المعروف بالأمير الصنعاني (ت١١٨٢هـ)، تحقيق عصام الدين الصبابطي وعماد السيد، القاهرة، دار الحديث، د.ط-د.ت: ج٢/ص٥٦٥.

(٣) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين أحمد بن إدريس المصري المالكي المعروف بالقرافي، (٦٨٤هـ)، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط٢، (١٤١٦هـ ١٩٩٥م): ص٣١، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المعروف بابن فرحون، (ت٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م): ج١/ص١٨، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت٨٤٤هـ)، دار الفكر، د.ط-د.ت: ص٥٢.

(٤) انظر: الإحكام للقرافي: ص٣٢.

(٥) انظر: السابق: ص٣٣؛ تبصرة الحكام: ج١/ص١١؛ معين الحكام: ج١/ص٧.

(٦) انظر: أنوار البروق في أنواء الفروق، المعروف باسم (الفروق) لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي المعروف بالقرافي، (ت٦٨٤هـ)، عالم الكتب، الرياض، د.ط-د.ت: ج٤/ص٥٤-٩٩؛ تبصرة الحكام: ج١/ص١٣٢-١٣٣؛ معين الحكام: ج١/ص٥٢.

(٧) انظر: تبصرة الحكام: ج١/ص١٣٢؛ وانظر أيضا ص١٧٢- ١٧٥ من هذا البحث.

(٨) الاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت٦٨٣)، تحقيق محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت: ج٢/ص٨٢-٨٣، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تأليف الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، ط٢، (١٣١٠هـ): ج٣/ص٣٠٦.

٣- وورد تعريف آخر للقضاء يشير إلى الغاية منه، وهو: «فصل الخصومات وقطع المنازعات»[(١)].

وقد اعترض عليه بأن الخصومة قد تنتهي بغير قضاء، كما في حالة الذي يصلح متطوعا بين خصمين[(٢)]، وقد يعترض عليه أيضًا بأن بعض الأحكام تعد غير منهية للخصومة، كالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى.

٤- ومن الفقهاء من جمع بين تعريفين سابقين فقال إنه «الإلزام، وفصل الخصومات وقطع المنازعات»[(٣)]، ومنهم من أضاف قيد النظر فقال إنه «النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات»[(٤)].

وهذه التعريفات تنطبق عليها الاعتراضات السابقة، باستثناء أن لفظ «المترافعين له» قد أخرج بنجاح السلطات غير القضائية، ولكنه جعل عمل القاضي مختزلا في النظر، أما الإلزام فقد تقدم الاعتراض عليه، وأما فصل الخصومات فهو - كما سبق - غاية، وليس عمل القاضي.

٥- ووردت تعريفات أخرى تقصر القضاء على القضاء الإسلامي الذي يحكم بالشرع الإسلامي، كالقول بأن القضاء هو «الإلزام بحكم الشرع»[(٥)]، أو هو «تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات»[(٦)]، أو هو «الإلزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعا»[(٧)]، أو هو «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»[(٨)]، أو هو «إظهار حكم الشرع في

---

(١) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار(حاشية ابن عابدين)، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، ط٢، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م): ج٥/ص٣٥٢.

(٢) قال ابن عابدين في حاشيته: «ولابد أن يزاد فيه على وجه خاص، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين»: ج٥/ص٣٥٢.

(٣) البناية في شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى العيني الحنفي (ت٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م): ج٩/ص٣.

(٤) المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح (ت٨٨٤هـ)، تحقيق محمد حسن إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): ج٨/ص١٣٩.

(٥) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للامام النووى فى فقه الشافعي، تأليف شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري (ت١٠٦٩هـ)، وشهاب الدين أحمد البرلسى الملقب بعميرة (ت٩٥٧هـ)، دار الفكر، بيروت، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م): ج٤/ص٢٩٦.

(٦) الروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، مكتبة دار البيان، دمشق، تحقيق بشير محمد عيون، ط٢، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م): ج١/ص٤٩١؛ وجاء في الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، صدرت في سنوات متعددة: «تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومة»: ج١٠/ص٢٣٤.

(٧) حاشية ابن عابدين: ج٥/ص٣٥٢، ونسب ذلك التعريف إلى ابن الغرس.

(٨) تبصرة الحكام: ج١/ص١١-١٢، ونسبه التعريف إلى ابن رشد.

الواقعة من مطاع»(١)، أو هو «فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى»(٢)، أو «الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى من حكم الحادثة»(٣)، فكل هذه التعريفات تنطبق على القضاء الإسلامي وحده، وجعلها تعريفا للقضاء بصفة عامة أمر يخل بالتعريف؛ لأن النبي ﷺ سمى القاضي الذي يحكم بغير الحق قاضيا(٤)، كما أن القضاء بين الذميين في أمور النكاح تكون بشرائعهم، وهو يسمى قضاء أيضا.

٦- ومنهم من أراد الإشارة إلى اجتهاد القاضي في طلب الحكم، فقال إن القضاء: «حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده»(٥)، فأغفل الصورة الإسلامية المعاصرة التي يقتصر عمل القاضي فيها على تطبيق القانون، ولا يُسمَح له بالاجتهاد أو بالحكم بما ثبت عنده إن كان يخالف القانون(٦).

٧- ومن فقهاء الشريعة المعاصرين من عرف القضاء - على عكس الصورة السابقة - بأنه: «الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة»(٧)، فأغفل القضاء الذي لا يستند فيه القاضي إلى قانون سابق، بل يستند إلى ترجيحه.

٨- وعرفه القرافي بأنه «إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زين الدين أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري الشافعي (ت٩٢٦هـ)، ومعه حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ط-د.ت: ج٤/ص٢٧٧، وعزا هذا التعريف لإمام الحرمين الجويني.

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، تأليف الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي (ت١٢٢١هـ)، دار الفكر، دمشق، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م): ج٤/ص٣٧٨.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ) دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط٢، د.ت: ج٦/ص٢٧٧.

(٤) عن النبي ﷺ أنه قال «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار...» فسمى النبي ﷺ من حكم بغير الحق قاضيا. سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ) تحقيق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار ابن حزم، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ، برقم ٣٥٧٣، ج٤/ص٨؛ والحديث صححه ابن الملقن في البدر المنير في: تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تأليف سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقن (ت٨٠٤هـ)، تحقيق أحمد سليمان أيوب وآخرين: دار الهجرة: الرياض: ط١، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م): ج٩/ص٥٥٢.

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير المعروف بـ (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، للشيخ أبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت١٢٤١هـ)، مطبوع مع الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة، د.ط-د.ت: ج٤/ص١٨٥.

(٦) من صور القضاء الإسلامي القانوني المعاصر ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية من جواز إلزام القضاة برأي معين في المسائل الخلافية، وأنه في هذه الحالة ينقض الحكم القضائي المخالف لأمر السلطان في الاجتهاديات، انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩١م): ج٤/ص٦٠٢، ومنه ما ورد في نظام المرافعات السعودي من أن الأحكام القضائية تنقض إذا خالفت ما أمر به ولي الأمر مما لا يخالف الشرع، انظر: م١٩٣/١ مرافعات سعودي جديد.

(٧) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م): ص١٣.

النزاع لمصالح الدنيا»[١].

ولكن هذا التعريف يخرج القضاء في القطعيات كالحدود ونحوها من تعريف القضاء.

ثالثا: تعريف القضاء عند فقهاء القانون الوضعي:

عرف بعض فقهاء القانون[٢] القضاء، أو السلطة القضائية بأنها «الجهة التي تختص بفض المنازعات بمقتضى القانون، سواء كانت هذه المنازعة واقعة بين الأفراد أم الأفراد والحكومة»، وعرف بعضهم السلطة القضائية بأنها «التي تقوم بتفسير القانون وتطبيقه في خصومة مطروحة عليها؛ لتقضي أيا من الفريقين المتنازعين هو صاحب الحق موضوع الشكوى أو الاختلاف»[٣].

غير أن هذه التعريفات وما شابهها يُعترض عليها بأنها تخرج القضاء المعتمِد على ترجيح القاضي من حيز القضاء أو السلطة القضائية، وهي صورة إسلامية أصيلة، حكم بها القضاة المسلمون زمنا طويلا، وما زالت بعض النظم الإسلامية تحكم بها، وهذه الصورة لا خلاف عليها بين الفقهاء - بحسب اطلاع الباحث - وإنما اختلف الفقهاء المعاصرون حول الصورة القانونية المعاصرة، كما تبين في المبحث الأول من هذا المدخل التمهيدي.

رابعا: التعريف المختار:

نظرا لأن أيا من التعريفات سالفة الذكر لم يكن جامعا مانعا سالما من الاعتراضات، ونظرا لأهمية التعريف في البحث العلمي، فلابد من بذل الجهد لوضع تعريف للقضاء، بحيث يسلم من جميع ما سبق من الاعتراضات، ويفي بالغرض، فيمكن تعريف القضاء كما يأتي:

القضاء (بوصفه عملا): هو إصدار القرار الملزم في الخصومة من مؤهل، بعد نظره في واقع الخصومة، وتطبيقه إما الأحكام القانونية، أو الأحكام التشريعية الراجحة لديه إن تُرِك له ذلك.

والقضاء (بوصفه جهة): هو السلطة التي تتولى إصدار القرارات بالوصف المذكور آنفا.

---

(١) الإحكام للقرافي: ص ٣٣، وورد التعريف نفسه في الموسوعة الفقهية الكويتية: ج٢١/ص٤٠.

(٢) استقلال القضاء، فاروق كيلاني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٧٧م): ص١٥.

(٣) مجلة العدالة الإماراتية، أبو ظبي، العدد ١١، السنة ٣، لسنة ١٩٧٦م، مقال بعنوان «هل القضاء سلطة مستقلة؟»، عبد الوهاب الأزرق: ص٤٤.

المطلب الثاني

تعريف الحكم (القضائي)

أولا: الحكم في اللغة:

الحكم مصدرٌ للفعل الثلاثي «حكم - يحكم»، والمصدر المقصود هنا لا يدل على جنس الحدث؛ بل هو مستعمل بدلالة اسمية محضة؛ لذا فهو يجمع على أحكام[١].

أما الإطلاق المصدري الذي يدل على جنس الحدث فهو يعني القضاء، فالحاكم في اللغة يصح إطلاقه على القاضي[٢].

والإطلاق المصدري ذو الدلالة الاسمية - وهو المقصود في عنوان هذا البحث - فهو اسم معنًى لما يحكم به الحاكم، وجمعه أحكام. ومن هنا جاز أن نصف الحكم بالقضائي، ولا نكون قد أضفنا الشيء إلى نفسه، وجاز أن نجمعه فنقول الأحكام القضائية، أو «أحكام القضاء».

وقد وجد تعريف للحكم المجرد في كتاب التعريفات، حيث ورد فيه أن الحكم: «إسناد أمر إلى آخر إيجابا أو سلبا»[٣]، وورد تعريف آخر للحكم المجرد في المعجم الكبير، وهو: «الحكم (نفسيا): قرار ذهني برأي معين، وهو الحال الأساسية للتفكير. وعليه يبنى الاستدلال والبرهنة. والحكم (منطقيا): إقامة علاقة بين حدين أو أكثر - والعلاقات أنواع أشهرها الحملية - ومن أخص خصائصه احتماله الصدق والكذب»[٤].

فتعريف الحكم بأنه (قرار ذهني) يفي بالغرض، ويدل على أن الحكم هو ما يستقر عليه ذهن الإنسان استقرارا يبعث على الاطمئنان والسكينة، وذلك أن هذه المعاني - أي السكينة والاطمئنان - موجودة معجميا في أصل مادة (قر) التي منها الفعل (قر - يقر - قرارا): ففي القاموس: «وقر بالمكان يقر، بالكسر والفتح، قرارا وقرورا وقرا وتقرة: ثبت، وسكن، كاستقر وتقار. وأقره فيه، وعليه، وقرره»[٥].

---

(١) الأصل في المصادر أنها لا تجمع، هكذا تقول المعاجم وكتب اللغة؛ لأن المصدر وضع للدلالة على جنس الحدث (بغض النظر عن كثيره وقليله)، وبالتالي لا يثنى، ولا يجمع. هذا هو الأصل؛ انظر: المحكم والمحيط الأعظم: لعلي بن إسماعيل بن سيده (ت٤٥٨) تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م): ج١/ص٥١١ مادة سمع، لسان العرب: ج٦/ص٤٦٩ مادة ثبر، تاج العروس: ج٢/ص٢٧٤ مادة حسب. ولكنهم استثنوا من هذا الأصل إذا خرجت الدلالة عن المصدرية المحضة إلى الدلالة الاسمية، جاز الجمع؛ وذلك لجواز التعدد والتنوع.

(٢) انظر: الصحاح: ج٥/ص١٩٠١، مقاييس اللغة: ج٢/ص٩١، لسان العرب: ج١١/ص٩٥١، القاموس المحيط: ج٤/ص٩٧.

(٣) كتاب التعريفات، للعلامة علي بن محمد الشريف الجرجاني (ت٨١٦هـ)، مكتبة لبنان، بيروت، (١٩٨٥م): ص٩٧.

(٤) المعجم الكبير، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، مؤسسة روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ط١، (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م): مادة (ح ك م) ج٥/ص٥٦٥.

(٥) القاموس المحيط: مادة (ق ر ر) ج٢/ص١١٤، وانظر: المعجم الوسيط: مادة (ق ر ر) ص٧٢٤ - ٧٢٥.

ثانيا: الحكم (القضائي) عند علماء الشريعة:

لم يتيسر العثور على تعريف للحكم (القضائي) لدى علماء الشريعة، وإنما عرفوا الحكم الشرعي، وعرفوا (الحكم) بمعنى القضاء (أي بوصفه مصدرا دالا على جنس الحدث)، ولم يتيسر العثور على تعريف الحكم (القضائي) بدلالته الاسمية، أي الذي يجمع على أحكام.

ثالثا: الحكم (القضائي) عند فقهاء القانون:

عرف الدكتور نبيل إسماعيل عمر الحكم القضائي بأنه «القرار الصادر عن محكمة منازعة[١] معروضة عليها، من خلال خصومة قضائية منعقدة أمامها، وفقا لقواعد قانون المرافعات. سواء كان هذا الحكم صادرا في موضوع الخصومة برمته، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه»[٢]، وعرفه في مرجع آخر بأنه: «القرار الصادر من شخص مزود بولاية القضاء، وبما له من سلطة قضائية، في نزاع مطروح عليه، بهدف حسم هذا النزاع، سواء في الموضوع أو في الإجراءات ويصدر في الشكل المكتوب»[٣].

وهناك قول آخر يذهب إلى أن للحكم معنى عاما، ومعنى خاصا، «فالحكم بمعناه العام يشمل كل أمر أو قرار يصدر عن المحكمة، ولو لم يكن فاصلا في الخصومة»[٤]، والحكم بالمعنى الخاص: «يقصد به القرار الذي يصدر عن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، بموجب سلطتها القضائية، في خصومة طرحت عليها، وفق قانون المرافعات»[٥].

كما عرفه الدكتور أحمد مسلم قائلا: «يطلق الحكم بمعنى واسع على كل قرار تصدره المحكمة متعلقا بالدعوى المرفوعة إليها، أيا كان نوعه»[٦].

ويمكن القول إن تعريف فقهاء القانون للحكم يشتمل على ضرورة صدوره عن محكمة مخولة بإصداره، فلا يكفي مجرد نشأته في ذهن القاضي دون إصداره، أي إعلانه في شكل مكتوب.

فإذا كانت النظرة اللغوية والمنطقية للحكم تدل على أنه يكفي لصيرورته حكما أن ينشأ في ذهن من حكم به، فإن نظرة فقهاء القانون إلى ذلك الحكم الناشئ في ذهن القاضي لا تعطيه صلاحية كونه حكما في مجال القضاء، بل لابد من إعلانه بشكل مكتوب.

---

(١) كذا بالأصل، ولعل الصواب «في منازعة».

(٢) نبيل إسماعيل عمر،الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (٢٠٠٤م): ص١٥.

(٣) السابق: ص٥٧٢ بند٤٤٨.

(٤) أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دون بيان الناشر، (٢٠١١م): ص ٨٩٣.

(٥) السابق: ص٨٩٣ بند٥٠٨.

(٦) أحمد مسلم، أصول المرافعات-التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ١٩٧٩م: ص٦٧١ بند٦٢٧.

وقد جاء تعريف الدكتور فتحي والي صريحا في اعتبار أن الحكم القضائي: «كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأيا كان مضمونه»[١]، فهو يرى أن الحكم ما هو إلا إعلان للفكر الناشئ في ذهن القاضي، وقد ورد تعبير الدكتور أسامة المليجي صريحا في اشتراط الكتابة لاعتبار الحكم حكما قضائيا، فقال: «يتعين أن يكون الحكم مكتوبا حتى يكون له وجود يرتب عليه القانون آثارا»[٢] ويقول في موضع آخر: «فإنَّ تخلف الكتابة يهدم الحكم تماما، ويصبح معدوما»[٣].

هذا في حين نجد القرافي يرى أن مجرد نشأة القرار في نفس القاضي يكفي ليكون حكما به، فالقرار ينشأ أولا في الذهن، أما الكلام أو الكتابة فهي من صور التعبير عنه، وقد رجح ذلك في معرض إجابته على السؤال الآتي: «إذا كان الحكم إنشاءً، فهل هو نفساني أم لساني؟»[٤]، فبين أنه نفساني، وهذا يعني أن الحكم (قرار) نفسي أو ذهني بالأساس، أما صور إعلانه سواء مكتوبة أو منطوقة، فأمور اشترطت لاعتبار الحكم، وهي خارجة عن ماهيته.

وبوسعنا أن نقول إن تعريف الحكم المجرد هو (القرار)، أما الإضافات التي فوق ذلك، مثل أنه يصدر مكتوبا، وأنه يصدر عن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، أو ممن هو مزود بالسلطة القضائية، أو أنه يتم وفقا لقانون المرافعات، وما إلى ذلك فهي إضافات تتعلق بالوصف، أي بالحكم القضائي، ولا تتعلق بذات الحكم المجرد، ومما يؤكد ذلك أن هناك من الباحثين من يعد الحكم: «قد صدر بمجرد النطق به، غير أن القانون لا يعترف بحكم غير مكتوب»[٥].

رابعا: التعريف المختار للحكم:

يتضح مما سبق أن الحكم المجرد هو القرار (الذهني أو النفسي)[٦]، وهو يتفق مع الدلالة اللغوية؛ وذلك لأن الحاكم - أي من يتخذ القرار - يكون قد اطمأن عقلا، وقر قراره إلى وجود علاقة بين طرفي الحكم (أي المحكوم عليه والمحكوم به)، وهو ينشأ في ذهن الحاكم قبل النطق به في تعبير خبري أو إنشائي، وقبل كتابته.

وعلى هذا يكون الحكم القضائي هو: القرار الذي يتخذه القاضي المخول من قبل الدولة، في خصومة معروضة أمامه، وفق شروط واعتبارات محددة.

---

(١) فتحي والي،الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، د.ط (٢٠٠٨م): ص٥٤٤.

(٢) أسامة المليجي،الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م د.ط: ص٨٦ بند١١٤.

(٣) السابق: بند ٣٤٤/و ص٢٧٣.

(٤) الإحكام للقرافي: ص٥٨.

(٥) السعيد محمد الأمازي وعبد الحميد نجاشي الزهيري،شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ن، ط١، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م): ص٢٨٢.

(٦) القرار ينشأ أولا في الذهن، أما الكلام أو الكتابة فهي من صور التعبير عنه، وقد رجح القرافي ذلك في معرض إجابته على السؤال التالي: «إذا كان الحكم إنشاء فهل هو نفساني أم لساني؟» الإحكام: ص٥٨.

المطلب الثالث

تعريف الطعن (في الحكم القضائي)

أولا: الطعن في اللغة:

الطعن مصدر للفعل (طعن يطعن)[١] وهناك خلاف بين اللغويين حول صيغة مصدر الفعل، فثمة رأي بأن «الطَّعْن بالرمح، والطَّعَنان بالقول»[٢]، وثمة رأي آخر أجاز (الطعن) و(الطعنان) لمعنى القدح أي بالقول[٣].

ويأتي في اللغة على عدة معان، مدارها جميعا على الوخز، أو الدخول في شيء آخر، ماديا أو معنويا، ومن هذه المعاني:

١- الوخز بآلة حادة، أو غير حادة[٤] كالطعن بالرمح، أو الطعن بالإصبع.

٢- الوخز المعنوي، وهو القدح والعيب في شخص ما، أي بالتكلم في العرض أو فيما يعيب المطعون[٥].

٣- الدخول في شيء كالشيخوخة، أو الصحراء، ونحوهما[٦].

ثانيا: الطعن (في الحكم القضائي) عند علماء الشريعة:

لم يتيسر العثور على تعريف للطعن في الأحكام القضائية في المصادر الفقهية، وإنما وجد ذكر عارض هنا وهناك لمدلول الطعن، ولكن بألفاظ أُخَر كالتظلم، أو طلب التدقيق، أو طلب النقض، أو الاعتراض

---

(١) هناك خلاف حول فتح عين المضارع (يطعَن) أو ضمها (يطعُن)، جاء في المصباح المنير: «و(طَعَنْتُ) فيه بالقول و(طَعَنْتُ) عليه من باب قتل أيضا، ومن باب نفع لغة، قدحت وعبت ... وأجاز الفراء (يَطْعَنُ) في الكلّ بالفتح» المصباح المنير: مادة (ط ع ن) ج٢/ص٥١٠، وجاء في معجم العين: «وطَعَنَهُ بالرُّمح يطعُنُ بضمة العين طَعْناً، ويقال: يَطْعُنُ بالرُّمْح ويَطْعَنُ بالقول. قال كلاهما مضموم» كتاب العين مرتبا على حروف المعجم، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت١٧٠م)، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م): مادة (ط ع ن) ج٣/ص٥١، ومعنى هذا أنه لا خلاف حول (يطعُن) بضم العين، وإنما الخلاف حول جواز (يطعَن) بفتحها.

(٢) انظر: المحكم والمحيط الأعظم: مادة (ط ع ن) ج١/ص٥٤٩.

(٣) انظر: المصباح المنير: مادة (ط ع ن) ج٢/ص٥١٠.

(٤) انظر: المحكم والمحيط الأعظم: مادة (ط ع ن) ج١/ص٥٤٩.

(٥) انظر: العين: ج٣/ص٥١، المحكم والمحيط الأعظم: ج١/ص٥٤٩، المصباح المنير: ج٢/ص٥١٠، المعجم الوسيط: ص٥٨٨.

(٦) انظر: العين: ج٣/ص٥١، المحكم والمحيط الأعظم: ج١/ص٥٤٩، المصباح المنير: ج٢/ص٥١٠.

على أحكام القضاء، فمن ذلك ما جاء في كتاب الأم: «فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه...»[١] فورد الطعن بلفظ التظلم، دون تفصيل لتعريف ذلك التظلم أو كيفيته.

ومن ذلك ما جاء في كتاب نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: «ومن هنا يعلم بأن القاضي الجديد لا ينظر في أحكام من سبقه من القضاة في محل وظيفته، على وجه الوجوب، إلا إذا تقدم أصحاب العلاقة بطلب ذلك»[٢]، فأورد الطعن بلفظ الطلب، أي طلب النقض.

ومن ذلك ما ورد في مجلة الأحكام العدلية[٣] مثل: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور»[٤].

---

(١) الأم، للإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، مطبوع معه مختصر المزني، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م): ج٦/ص٢٢٠، ووقعت عبارة الإمام الشافعي عند الماوردي: «وإن تظلم محكوم عليه ممن قبله نظر فيه، فرده، أو أنفذه على ما وصفت» الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (٣٦٤-٤٥٠هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م): ج٢٠/ص٢٤١.

(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٥.

(٣) مجلة الأحكام العدلية: هي مجلة وضعت بمعرفة لجنة من فقهاء العصر العثماني ليعمل بها في المحاكم النظامية، وهي عبارة عن مجموعة من التشريعات، مكونة من ستة عشر كتاب، أولها كتاب البيوع، وآخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية، في شعبان سنة ١٢٩٣هـ، الموافق أغسطس ١٨٧٦م، انظر: مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي: المقدمة، تاريخ الدولة العلية العثمانية: الزعيم محمد فريد (ت١٣٣٨هـ)، تحقيق إحسان حقي، دار النفائس، بيروت، ط١، (١٤٠١هـ-١٩٨١م): ص:٥٤٦.

وفيما يأتي قائمة ببعض من شرحوا مجلة الأحكام، وفقا لخير الدين الزركلي في الأعلام:

الشارح	المهنة والبلد	سنة الوفاة	الإحالة من أعلام الزركلي
١. سعيد بن أبي الخير آل محاسن	حقوقي، دمشقي	غير متاح	(٣/ ٩٤)
٢. خالد بن محمد بن الأتاسي	مفتي حمص	١٣٢٦ هـ	(٢/ ٢٩٨)
٣. إلياس بن ديب بن إلياس مطر	طبيب وباحث لبناني	١٣٢٨ هـ	(٢/ ٩)
٤. سليم رستم إلياس باز	حقوقي لبناني	١٣٣٨ هـ	(٣/ ١١٨)
٥. محمد سعيد بن عطاء الله الغزي	حقوقي من غزة	١٣٤٦ هـ	(٦/ ١٤٢)
٦. جرجس صفا ناصيف	حقوقي ومؤرخ لبناني	١٣٥٢هـ	(٢/ ١١٦)
٧. علي حيدر خواجة أمين أفندي	فقيه حنفي	١٣٥٣ هـ	(٤/ ٢٨٤)
٨. طاهر بن خالد بن محمد الأتاسي	مفتي حمص	١٣٥٩ هـ	(٣/ ٢٢١)

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

وهناك بديل آخر استُخدم في الفقه والنظم الإسلامية للتعبير عن الطعن، وهو الاعتراض، فقد ورد في شرح المجلة: «فالاعتراضات المتعلقة بالصك والسبك تدقق في دائرة الفتوى، والاعتراضات التي تكون خارجة عنها، أي موافقة الإعلام الشرعي للضبط، وموافقة الضبط للأصول المشروعة يدقق تمييزا من مجلس التدقيقات الشرعية»(١).

وقد استُخدم هذا اللفظ - أي لفظ الاعتراض - أيضا في الأنظمة السعودية، حيث نص نظام(٢) المرافعات الشرعية السعودي القديم على أن: «طرق الاعتراض على الأحكام هي التمييز والتماس إعادة النظر»(٣)، ونص النظام الجديد للمرافعات السعودي على أن: «طرق الاعتراض على الأحكام هي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر»(٤)، غير أن من بين شراح النظام السعودي من لم يجدوا مشاحة في استخدام لفظ الطعن في شرحهم للأنظمة السعودية(٥).

على أن لفظ الطعن قد استخدمه الفقهاء المسلمون في باب القضاء استخداما لغويا بحتا، أي بمعنى القدح، سواء في الشهود، أو الإقرار، أو البينة التي تسمع أثناء سير الدعوى، حيث ورد في كتاب المبسوط عبارات مثل: «للمولى حق الطعن في البينة دون الإقرار»(٦)، كما ورد استخدام لفظ الطعن في الحكم القضائي في قول القرطبي: «كل من لم يرض بحكم الحاكم، وطعن فيه، وردّه فهي ردة»(٧). وسيرد تفصيل لبيان أن ذلك القول ليس على الإطلاق.

---

(١) السابق: ج٤/ص٦٩١.

(٢) تستخدم المملكة العربية السعودية لفظ (نظام) بمعنى قانون، وقد أرجع بعض علماء المملكة ذلك إلى أن استخدام كلمة (قانون) اليونانية الأصل يرتبط بالقوانين البشرية اللادينية. انظر: معجم المناهي اللفظية للشيخ بكر عبد الله أبو زيد، الرياض، دار العاصمة، ط٣، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، ولكن العبرة ليست بأصل المصطلح التاريخي، ولا باستخدام الآخرين له، إنما العبرة بانطباقه على المدلول، ودلالته على معناه، فالقانون يدل على الأحكام الملزمة التي يسنها الحاكم (شرعية كانت أو بشرية)، في حين أن مصطلح (النظام) لا يحمل معنى الإلزام، فهو يعني مجموعة من الأشياء، أو الأحكام مترابطة متراصة سواء كانت اختيارية أم إلزامية. ولما كانت الأحكام الملزمة التي يتخذها الحاكم معنى حادثا لا يوجد لفظ يدل عليه في العربية اتخذوا لفظ (القانون) وعربوه.

(٣) م١٧٣ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، تأليف الشيخ عبد الله محمد سعد آل خنين، دار ابن فرحون، د.ط-د.ت: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط في شرح نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، عبد الفتاح سليمان، منشأة المعارف، الرياض، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م): ص٢٨١؛ المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، معوض عبد التواب، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م): ص٤٧١.

(٤) م١٧٦ مرافعات سعودي جديد.

(٥) انظر: الكاشف: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط: ص٢٨١، المرجع: ص٤٧١.

(٦) المبسوط، لشمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي(ت٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م): ج٩/ص١٠٠

(٧) تفسير القرطبي: ج٥/ص٢٦٧.

ولكن الباحث لم يعثر في كتب الفقه الإسلامي المعاصر على تعريف للاعتراض الذي معناه الطعن في أحكام القضاء، وبالتالي لم يتيسر إيجاد تعريف إسلامي لمفهوم الطعن في الحكم القضائي، سواء باستخدام لفظ الطعن أو أي ألفاظ أخر.

ثالثا: الطعن (في الحكم القضائي) عند فقهاء القانون الوضعي:

يعرف بعض الباحثين القانونيين[١] طرق الطعن في الأحكام القضائية بأنها: «الوسائل التي حددها المشرع لإمكانية تظلم المحكوم عليه من الحكم الصادر عليه»، وذكر الدكتور نصر فريد واصل تعريف الطعن في القانون الوضعي، فقال: «والطعن في الحكم في النظم الوضعية تظلم منه، يرفع ممن صدر عليه هذا الحكم»[٢].

فالطعن طبقا لهذا: هو التظلم من الحكم، وهو لا يبعد عن المدلول اللغوي؛ لأن الطعن لغةً هو القدح والعيب، وإن كان قد خصص هنا بنوع معين من العيب، وهو الظلم.

رابعا: التعريف المختار للطعن (في أحكام القضاء):

تقرر بناء على ما سبق أنه يمكن تعريف الطعن بأنه (التظلم من الحكم القضائي)، وأنه تعريف فقهاء القانون، علاوة على توافقه مع عبارة الإمام الشافعي آنفة الذكر: «فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه»، كما أنه مناسب للدلالة اللغوية أيضا؛ لأن الطعن لغة يأتي بمعنى القدح والعيب، والطاعن يزعم أن الحكم الطعين معيب، أو يحتوي على خلل ما، وهذا يجعله حكما ظالما واجب الإلغاء.

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٦١١ بند٤٨٣.

(٢) السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، للدكتور نصر فريد واصل، المكتبة التوقيفية، القاهرة، ط٢، د.ت: ص٢٥٨.

المبحث الثاني

مشروعية الطعن في أحكام القضاء

وفيه ما يأتي:

- المطلب الأول: مشروعية التظلم والاعتراض
- المطلب الثاني: مشروعية استخدام لفظ الطعن للمراجعة والاعتراض

المطلب الأول
مشروعية التظلم والاعتراض

في هذا المطلب تُدرس مشروعية الاعتراض على حكم القضاء، أي يُدرس: هل المحكوم عليه مُطالب في الشرع الإسلامي بالرضا بالحكم أيا كان دون اعتراض، أم يجوز له طلب مراجعة الحكم بغض النظر عن طريقة المراجعة.

الأصل في القضاء الشرعي متى كان صحيحا مستقيما أن الرضا به واجب، والاعتراض عليه أو الطعن فيه معصية، لقول الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (١).

وسبب نزول هذه الآية – بحسب ما رواه البخاري – هو أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير بن العوام في سقي الأرض، فحكم النبيُّ ﷺ بأن يسقي الزبير أولا، ثم لا يحبس الماء؛ بل يرسله إلى الرجل الأنصاري، وكان حكمه مع ذلك في مصلحة الأنصاري، ورغم ذلك اعترض الأنصاري، فقال: «يا رسول الله، أن كان ابن عمتك؟»... فحكم النبي ﷺ بحكم آخر يستوفي للزبير حقه، وهو أن يسقي ثم يحبس الماء إلى قدر معين، ثم يرسله، عقابا على ما بدر من اعتراض الأنصاري وأسلوبه، وقد روى البخاري قول الزبير إن هذه الآية نزلت في ذلك(٢).

وهناك رأي آخر في سبب النزول، وهو أنها نزلت في الرجل المنافق الذي أراد أن يتحاكم إلى الطاغوت في خصومة له مع رجل يهودي، وأن الآية – مع ذلك – تتناول بعمومها قصة الزبير مع الأنصاري(٣).

وقد استنبط القاضي ابن العربي(٤) من هذه الآية أن: «كل من لم يرض بحكم الحاكم بعده [أي بعد الرسول ﷺ] فهو عاص آثم»(٥)، وقال القرطبي في تفسيره للآية نفسها: «كل من لم يرض بحكم

---

(١) [النساء: ٦٥]

(٢) انظر: صحيح البخاري (الجامع الصحيح المسند)، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ)، تحقيق محب الدين الخطيب، المكتبة السلفية، القاهرة، ط١، (١٤٠٠هـ): كتاب تفسير القرآن، سورة النساء، باب ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾، برقم: ٤٥٨٥، ج٣/ص٢١٨.

(٣) انظر: تفسير الطبري: ج٨/ص٥٢٤.

(٤) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الاشبيلي المالكي، ابن العربي (ت٤٥٣هـ) قاض، من حفاظ الحديث، ولد في إشبيلية، ورحل إلى المشرق، وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين، وصنف كتبا في الحديث، والفقه، والاصول، والتفسير، والادب، والتاريخ، وولي قضاء إشبيلية، ومات بقرب فاس، ودفن بها. من كتبه (العواصم من القواصم) و(عارضة الاحوذي في شرح الترمذي) و(أحكام القرآن). انظر: وفيات الأعيان، لابن خلكان (٦٨١هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د.ط - د.ت: ج٤/ص٢٩٦.

(٥) أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (٥٤٣هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، د.ت: ج١/ص٥٧٨.

الحاكم، وطعن فيه، ورده فهي ردة يستتاب، وأما إن طعن في الحاكم نفسه، لا في الحكم فله تعزيره، وله أن يصفح عنه»(١).

ويقول ابن القيم: «فالرضا بالقضاء الديني الشرعي واجب، وهو أساس الإسلام وقاعدة الإيمان، فيجب على العبد أن يكون راضيا به بلا حرج ولا منازعة ولا معارضة ولا اعتراض. قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾(٢)، فأقسم سبحانه أنهم لا يؤمنون حتى يحكموا رسوله، ويرتفع الحرج من نفوسهم من حكمه، ويسلموا لحكمه، وهذا حقيقة الرضا بحكمه، فالتحكيم في مقام الإسلام، وانتفاء الحرج في مقام الإيمان، والتسليم في مقام الإحسان»(٣).

ومع ذلك، فالحكم القضائي الإسلامي في حقيقته يحتوي على شقين: شق ديني، وشق بشري، وهذان الشقان بيانهما كالآتي:

أما الشق الديني: فهو يتمثل في استناد الحكم إلى القرآن والسنة وما بني عليهما من أدلة، أي في استناده إلى الوحي. وهذا الشق الديني يجعل المؤمنين ينظرون إلى الحكم القضائي نظرة إجلال، ويشعرون بمهابته، بحيث يمتثلون للحكم لا بسلطان الدولة التي تطبقه فحسب، بل ابتغاء مرضاة الله، وبدافع من تقواه سبحانه، وهو أمر واضح في الأحكام القاطعة المجمع عليها، أما في المختلف فيها، فقد ثبت من أقوال الفقهاء أن ما حكم به الحاكم في هذا المجال يرفع الخلاف في حق الخصوم في نفس الحادثة، وبالتالي يعامل الحكم الخلافي معاملة المتفق عليه من حيث كونه حكما شرعيا نافذا، وتقرير ذلك كما يقول القرافي: «أن الله تعالى جعل للحكام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكما من الله تعالى في تلك الواقعة، وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها: كنص من الله عز وجل ورد خاصّ بتلك الواقعة، معارض لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة»(٤).

وعلى هذا فالرضا بحكم القضاء الذي بني على دليل قطعي، أو دليل ظني باجتهاد صحيح - ولو من وجهة نظر القاضي الذي حكم به - هو أمر واجب شرعا، وهذا أمر يتميز به نظام القضاء

---

(١) تفسير القرطبي: ج٥/ص٢٦٧.

(٢) [النساء: ٦٥]

(٣) مدارج السالكين بين «منازل إياك نعبد وإياك نستعين»، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتّاب العربي، بيروت، ط٣، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م): ج٢/ص١٨٩.

(٤) الإحكام للقرافي: ص٨٠.

الإسلامي، وله دور كبير في تقليل التداعي أمام محاكم التمييز أو الدرجة الثانية، لا من ناحية القانون والنظام العام، ولكن من ناحية الديانة.

وأما الشق البشري: فيتمثل في جهد القاضي في فهم الدلائل الواقعية، وسماع حجج الخصوم، ومبلغ علمه من صدق تلك الدلائل، ثم في إنزال النصوص والأحكام عليها، ثم استنتاج الحكم النهائي، وهو مجهود بشري يعتريه الخطأ والنسيان. وقد صدق الرسول ﷺ إذ يقول في هذا المقام: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صدق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها»(١).

وقد يكون خطأ القاضي ليس خطأ منه في الحقيقة، وإنما لكون حكمه بني على واقع مغلوط، كالحكم بشهادة زور، وهو لا يعلم، وقد يكون الخطأ في استنباط الحكم التشريعي المنطبق على الواقعة المنظورة أمامه، وقد يكون في التطبيق نفسه وإنزاله على واقعه.

ثم إن الخطأ دركات، أشدها أن يحكم بخلاف القطعي المجمع عليه من الأدلة الشرعية، فإن افترضنا أن القاضي أخطأ في حكمه خطأ كهذا فإن حكمه هذا يكون عرضة للنقض، جديرا بالطعن، أو القدح بالعيب، أو التظلم، فهو ليس حكم الله الذي يجب الامتثال والتسليم له، بل هو حكم باطل يشبه المعدوم، كما جاء في قول بعض الفقهاء في حكم القاضي الذي حكم ثم بان له أنه حكم بمن لا تقبل شهادته، أو بخلاف نص أو إجماع.. إلخ، «بَانَ أَنْ لا حكمَ»(٢)، أي كأن حكمه لم يكن، فهو جدير بأن يعترض عليه؛ لأنه - بحسب مجلة الأحكام العدلية: «مخالف لحكم العدالة، وظلم، وإزالة الظلم واجبة، وتقريره وتثبيته حرام»(٣)، والاعتراض على هذا الحكم أو الطعن فيه بكل سبيل يعد ضرورة شرعية، فكما أن المسلم مأمور بالتحاكم لشرع الله تعالى والرضا والتسليم به، فهو كذلك مأمور - ديانة - بالسعي إلى نقض ما خالف شرعه، واستبدال الحكم الشرعي به.

وفي ذلك يقول ابن القيم: «وأما الأحكام التي أُمِر بدفعها: فلا يجوز له التسليم إليها، بل العبودية: مدافعتها بأحكام أخر أحب إلى الله منها»(٤).

---

(١) صحيح البخاري: كتاب المظالم والغصب، باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، برقم: ٢٤٥٨، ج٢/ص١٩٤.

(٢) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بـ (حاشية الجمل)، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (ت١٢٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ط-د.ت: ٣٥١/٥؛ التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج) لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (ت١٢٢١هـ)، مطبعة الحلبي، القاهرة (١٣٦٩هـ-١٩٥٠م): ج٤/ص٣٥٤-٣٥٥.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦-٦٩٠.

(٤) مدارج السالكين: ج٢/ص١٤٦.

ونظرا لوجود هذا الشق البشري في الحكم القضائي فقد تقررت مشروعية مراجعة أحكام القضاة، ولم يثبت في الشريعة الإسلامية خلافٌ حول مبدأ المراجعة ذاته، وإن كان ثمة خلاف حول بعض الأحكام التي يجوز أو لا يجوز مراجعتها.

وقد ورد في الرسالة الشهيرة لعمر بن الخطاب ﷺ في القضاء: «ولا يمنعك قضاء قضيته أمس، فراجعت اليوم فيه عقلك، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل»(١).

(١) جزء من رسالة من عمر بن الخطاب ﷺ لأبي موسى الأشعري ﷺ، أخرجه ابن شبة في تاريخ المدينة، لأبي زيد عمر بن شبة بن عبيدة بن ريطة النميري البصري، (ت٢٦٢هـ)، تحقيق فهيم محمد شلتوت، الناشر حبيب محمود أحمد، جدة، ١٣٩٩هـ، ج٢/ص٧٧٥؛ والأثر إسناده ثابت قاله ابن تيمية، انظر: منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، تحقيق محمد رشاد سالم، ط١، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م): ج٦/ص٧١؛ إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، (ت٧٥١هـ)، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٣هـ: ج٢/ص ١٥٨؛ وقد أثار ابن حزم الشكوك حول ذلك الأثر، وحول نسبته إلى عمر ، فطعنوا في سندها ومتنها، في حين أن أغلب العلماء استعملوها، انظر: الأحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، (ت٤٥٦هـ)، طبعة قوبلت بالنسخة المحققة بواسطة الشيخ أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د.ت - د.ط ج٧/ص١٤٥-١٤٨.

المطلب الثاني

مشروعية استخدام لفظ الطعن في المراجعة والاعتراض

تقرر فيما سبق جواز الاعتراض أو المراجعة للحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ولكن هل يجوز استخدام لفظ الطعن للدلالة على ذلك؟ هذا ما تجدر مناقشته الآن.

لم يتيسر العثور على بحث لأي من الفقهاء يجوِّز، أو يحرم استعمال لفظ الطعن في مجال الأحكام القضائية في كتب السابقين، ولكن لوحظ كيف استُخدمت ألفاظ أخر في بعض مؤلفات الفقه الإسلامي المتعلقة بهذا المجال، كالتظلم، أو طلب تدقيق الحكم، أو طلب تمييزه إلخ، كما أن المملكة العربية السعودية تؤثر في نظام المرافعات القديم والجديد[1] استخدام لفظ (الاعتراض) على الأحكام بديلا عن الطعن فيها، ومن ناحية أخرى فقد عثر على استخدام لفظ (الطعن) بالمعنى المقصود - أي في الأحكام القضائية - في مؤلفات بعض الفقهاء، كقول القرطبي: «كل من لم يرض بحكم الحاكم وطعن فيه...»[2]، ومثل ما ورد في معين الحكام: «ولو نازعه المحكوم عليه وطعن في حكمه...»[3].

والحق أنه طالما أن الحكم قد صدر مخالفا للشرع فقد استحق الطعن والاعتراض وطلب الإلغاء، وصدقت عليه جميع تلك الألفاظ، بل ربما ناسب أن نطلق أشدها حدة في الوصف، أما إن صدر الحكم موافقا للشرع فلم يناسب إطلاق أقلها دلالة على الاعتراض أو عدم الرضا، وذلك بناء على فهم قول الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾[4]، وقد ورد تفسير قوله تعالى «ويسلموا تسليما» بمعنى أن «ينقادوا لأمرك في القضاء»[5]، وقال ابن القيم: «بلا حرج ولا منازعة ولا معارضة ولا اعتراض»[6].

إذن فالأصل أن يطعن الطاعن في الشق البشري المنتج للحكم القضائي بشكل مغلوط ومخالف للواقع أو للأدلة أو كليهما، وليس في شقه الشرعي المطلوب التسليم له مطلقا، ومن هنا فلا مشاحة في تسمية ذلك العمل طعنا.

---

(١) انظر: م١٧٣ مرافعات سعودي قديم، م١٧٦ مرافعات سعودي جديد، المرجع: ص٤٧١ وما بعدها، الكاشف: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط: ص٢٨١ وما بعدها.

(٢) تفسير القرطبي: ج٥/ص٢٦٧.

(٣) معين الحكام: ج١/ص٣٤.

(٤) [النساء: ٦٥]

(٥) تفسير القرطبي: ج٥/ص٢٦٩.

(٦) مدارج السالكين: ج٢/ص١٨٩.

إذا تقرر هذا، فإن استخدام لفظ الطعن في الأحكام القضائية لا مشاحة فيه، إذا كان الطاعن يريد تصحيح الخطأ البشري الذي في الحكم، أما إذا كان الطاعن يعترض على حكم شرعه الله وثبت بالدليل، أو يتحايل لإيجاد ثغرة تسقط عنه الحكم، وهو يعلم أنه الحق، فهذا ينطبق عليه الوعيد المذكور في الآية الكريمة: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾ (١).

إذا تقرر جواز استخدام لفظ (الطعن)، أو (الطلب)، أو (الاعتراض) في مجال مراجعة بعض أحكام القضاء؛ استنادا إلى كونها أحكاما خاطئة أو ظالمة، من حيث الشق البشري المبذول فيها، يحسن أن نقارن بين تلك الألفاظ من حيث بيان أيها أكثر وجاهة وأشد مناسبة.

ويبدو أن لفظ الطلب يختلط مع ما يطلبه الخصوم في القضية أثناء رفع الدعوى، فكل ما يطلبه الخصوم يسمى طلبا، فناسب أن يكون لكل مسمى مصطلح خاص، وبالتالي يحسن استبعاد لفظ الطلب عند التعبير عما يقوم به المتظلم من الحكم القضائي.

أما لفظ الطعن، فهو إن جاز استعماله للدلالة على عيب في الحكم، فهناك من الطعون ما لا يدعي الطاعن فيها عيبا؛ بل هو فقط يريد ما يمنحه له القانون من درجة ثانية في التقاضي، وهو الاستئناف أو التمييز، فإطلاق (الطعن) على هذا النوع فيه قدر من التجوز وعدم الدقة. كما أن الذي يريده المتظلم من اعتراضه ليس في الأساس إظهار عيبه، بقدر ما هو تحقيق المصلحة الشخصية والشرعية، وهي أن يعاد النظر في قضيته أمام المحكمة لإصدار حكم آخر، كما أنه يحسن استخدام لفظ لا يحتمل القدح، أو العيب؛ لأن الحكم قد يتأيد بالقضاء الثاني، ويثبت أنه موافق للشرع، وأنه لا مطعن فيه.

إن لفظ الطعن يعكس – إلى حد ما – روح الفكر الغربي، حيث القضاء الذي لا يستند إلى دين، ولا يتمتع بالصبغة الدينية الباعثة على إكبار الحكم وإجلاله ومهابته، فحيثما لاحت للمحكوم عليه فرصة قانونية لتعديل موقفه، ولو بالعيب في الحكم والنيل منه يهرع إليها. أما القضاء الإسلامي فيراد فيه إشاعة الروح الدينية التي تعتبِر الاعتراض على الحكم القضائي – إذا كان غير مبرر – معصية يحاسب المرء عليها في الآخرة، فتحض الشريعة على توقير الحكم الموافق للحق والالتزام به ظاهرا وباطنا.

وقد ورد في الموسوعة الفقهية الكويتية: «رأينا المتدينين لا يهمهم أن يكسبوا قضية أمام القضاء إلا إذا ارتاحت ضمائرهم أن هذا الحق الذي أثبته لهم القضاء حق مشروع، بينما المشتغلون بالفقه

---

(١) [النساء: ٦٥]

الوضعي لا يهمهم إلا الحكم الدنيوي حتى ولو رفضه الشرع، ولذا يتفننون في الحيل التي يكسبون بها هذا الحق الدنيوي»[١].

وبناء عليه، توصي هذه الدراسة القائمين على التشريع في البلاد الإسلامية بالعدول عن لفظ الطعن في أحكام القضاء إلى لفظ الاعتراض، وهو - كما تقدم - عدول ترجيحٍ وأفضلية، وليس عدولا عن لفظ خاطئ أو غير جائز، طالما كان الطاعن يطعن في حكم يرى أنه مخالف للحق الذي ثبت في الشريعة.

غير أننا في هذه الدراسة سنستخدم المصطلح الشائع - وهو الطعن - تيسيرا للدراسة المقارنة، على أمل أن يغير القائمون على التشريع ذلك اللفظ في نصوص القانون أولا[٢].

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ج١/ص٢٢-٢٣.

(٢) وذلك أخذًا بما آثره المشرع السعودي من لفظ الاعتراض، انظر: م١٧٣ مرافعات سعودي قديم، م١٧٦ مرافعات سعودي جديد، الكاشف: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط: ص٢٨١، المرجع: ص٤٧١.

المبحث الثالث

أسس تحديد طرق الطعن:

وفيه المطالب الآتية:

- أولا: طرق الطعن بحسب مصادر الفقه القديمة
- ثانيا: طرق الطعن بحسب النظم الإسلامية الحديثة
- ثالثا: طرق الطعن بحسب القانون المصري
- رابعا: دراسة الطعن بالمعارضة رغم إلغائه في قانون المرافعات المصري
- خامسا: الترتيب المختار لطرق الطعن.

أولا: طرق الطعن بحسب مصادر الفقه الإسلامي:

يبدو أن الفقه القضائي الإسلامي لم يكن يعرف طريق الطعن العادي في الأحكام القضائية؛ فالحكم طالما صدر خلوا مما يخالف الشرع مخالفة قاطعة، فهو نافذ من أول قاض، ولا يجوز نقضه، أو إعادة نظر قضيته إلا إذا جاء الطاعن ببينة على مخالفته للشرع.

فقد جاء في تنقيح الفتاوى سؤال عن الدعوى: إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها الشرعية فهي لا تنقض ولا تعاد؟، فأجاب: «نعم، لا تنقض ولا تعاد»، وعقب الشارح قائلا: «ليس هذا على إطلاقه، بل هذا حيث لم يزد المدعي على ما صدر منه أولا، أما لو جاء بدفع صحيح، أو جاء ببينة بعد عجزه عنها فإنها تسمع دعواه»[١].

والسبب في ذلك أن القاضي هو أحد من يجوز لهم إنشاء الأحكام النافذة الرافعة للخلاف في موضوعها، وقد حكى القرافي هذا المعنى وقال إن الدليل عليه إجماع الأئمة قاطبة، فقال: «وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى: ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد كما تقدم، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة، ويحرم على كل أحد نقضه»[٢].

وقد أدى هذا إلى إمكان القول بأن الشريعة قيدت مبدأ درجات التقاضي بما إذا قام القاضي بالاجتهاد، ولم يخالف قطعيا، وصدر عن مُستَوْفٍ، وهذا غير معمول به في القضاء الوضعي، ففيه حتى لو صدر الحكم غير مخالف لقاطع، ومن مستوف، فيمكن الطعن فيه بالطرق العادية[٣].

فإذا كان الطاعن بالاستئناف في القوانين المعاصرة يرغب فقط في الإفادة من نظر قضاة المحكمة الأعلى، وإعمال سلطتهم التقديرية في الموضوع، فإن مصادر الفقه القديمة تشير إلى أن حكم أول قاض نافذ، ولا يجوز نقضه إلا إذا أتى ببينة تفيد أن الحكم الأول مخالف للشرع.

وبناء على هذا يمكن القول بأن طريق الطعن في أحكام القضاء في الفقه الإسلامي القديم هو طريق الطعن غير العادي فقط، فإن خلا الحكم من مطعن شرعي ينبغي للمحكوم عليه أن يرضى به، ولا يجوز له أن يطعن فيه.

وسيتبين في الفصل الخاص بالاستئناف كيف أن الفقه الإسلامي القديم لم يكن يعرفه، كما سيتبين في الفصل الخاص بالمعارضة أن أغلب مصادر الفقه القديمة كانت تعده ضمن النقض،

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت١٢٥٢هـ) دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت: ج٢ ص٣٨، وهذا القول منسوب إلى خير الدين الرملي.

(٢) الإحكام للقرافي: ص٤١-٤٢.

(٣) انظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية (دراسة تطبيقية مقارنة تشمل مصر وسلطنة عمان)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢م: ص١٦٥.

وتشترط أن يأتي الطاعن فيه ببينة تفيد مخالفة الحكم لدليل مجمع عليه، وبالتالي فيسعنا أن نقول إنه كان طريق طعن غير عادي كذلك.

ثانيا: طرق الطعن بحسب النظم الإسلامية الحديثة:

مع ظهور التقنين، وشيوع التقليد في القضاة، بدأت النظم الإسلامية تميل إلى تقنين درجة قضاء ثان بعد درجة القضاء الأولى؛ لأجل الاستيثاق من أحكام القضاة، والاطمئنان إلى عدم اشتماله على مخالفة شرعية.

وظهر ذلك لدى مجلة الأحكام العدلية العثمانية، فقد نصت المادة رقم (١٨٣٩) على أنه «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا ينقض»[١]، فربطت ذلك الطعن بقناعة المحكوم عليه، ولم تشترط عليه أن يذكر سببا أو خللا في الحكم، كما جعلت الأصل في ذلك الطعن أن يؤخر تنفيذ الحكم[٢]، وهو ما يمكن عده ضمن طرق الطعن العادية.

وكذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم[٣] ربط قابلية الحكم للتمييز بتوقيع الخصم على قناعته في ضبط الحكم، وأيضا بالقناعة التي قد تحدث للخصم بعد رفع الاعتراض لمحكمة التمييز. ونظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد جعل الأصل في جميع الأحكام هو قابليتها للاستئناف.

كما واكب ذلك الفقه المعاصر، فظهرت أحكام فقهية واستدلالات على جواز الاستئناف في الشريعة الإسلامية سنعرض لها تفصيلا في الفصل الخاص بذلك.

ولكن يلاحظ أن تلك النظم قد ظلت على فكر الأولين في تقييد القاضي الثاني بوجهة نظر القاضي الأول، بمعنى أن القاضي الذي ينظر الطعن لا يُسمح له بإعمال سلطته التقديرية لموضوع القضية طالما كان حكم القاضي الأول موافقا للشرع، ولو من وجهة نظره، فالمجلة العدلية تقول «... يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا ينقض»، ونظام المرافعات السعودي القديم يقول: «إذا وجدت محكمة التمييز أن منطوق الحُكم موافِق من حيث نتيجته لأصولِه الشرعية صدقته، مع توجيه نظر القاضي إلى ما قد يكون لها من ملحوظات»[٤] والملحوظات هنا هي غير المؤثرة على تصديق الحكم[٥].

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٢) انظر: السابق: ج٤/ص٦٩١-٦٩٣.

(٣) انظر: م١٧٨/١-٤ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢١٦-٢١٧؛ المبسط: ص٣٠٩، المرجع: ص٤٨٦.

(٤) م١٨٥ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٧-٣٠٨، المرجع: ص٤٨٦.

(٥) انظر: أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٨م: ص٧٣.

وهذا يدفع الزعم بأن الفقه الإسلامي أدخل فكرة التمييز والاستئناف تأثرا بالفكر القضائي الغربي بشكل يجافي الثوابت الإسلامية، والحقيقة هي أن الفقه الإسلامي لم يتطور من فقه يحرم نقض أحكام القضاة التي لا تنطوي على مخالفة بينة إلى فقه يجيز ذلك، ولكنه أجاز فقط إعادة نظر القضية للتأكد من خلوها من ناقض شرعي، فإذا كان الحكم كذلك لم ينقض، حتى ولو كان قاضي التمييز أو الاستئناف يرى مرجوحية حكم القاضي الأول من جهة الفقه.

ومع ذلك وجدت آراء فقهية تحرم طرق الطعن العادية، وهو ما ستتعرض له الدراسة في الفصل الرابع من هذا البحث.

ثالثا: طرق الطعن بحسب القانون المصري:

درج أغلب الفقه القانوني المصري المعاصر على تقسيم طرق الطعن في الحكم القضائي إلى قسمين، وهما:

طرق طعن عادية:

وتشمل الاستئناف والمعارضة[1]، وقد سميت بطرق الطعن العادية لسببين:

«أ- أن الأصل فيها أنه يجوز للمحكوم عليه ولوجها، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ب- أن القانون لم يحصر أسبابها...»[2].

وقد عقد الدكتور عبد الحميد أبو هيف مقارنة بين طرق الطعن العادية، وطرق الطعن غير العادية، وتبين أن بينهما فروقا أربعة، وهي كالآتي:

١- أن طرق الطعن العادية لم تشرع لتلافي عيب معين، أو لها سبب معلوم، بل لمجرد عدم قبول الشخص للحكم، في حين أن طرق الطعن غير العادية مبناها على ضرورة أن يبين الطاعن بالحكم عيبا.

٢- أن طرق الطعن العادية مقدمة على طرق الطعن غير العادية، فلابد أن يسلك الطاعن الطريق العادي أولا، والأصل أن ولوج سبيل الطعن العادي شرط للطعن بطريق غير عادي.

٣- أن طرق الطعن العادية الأصل فيها إيقاف للتنفيذ.

٤- لا يكتسب الحكم القوة التنفيذية إلا بعد أن يقضي القضاء في الطعن العادي، أو أن يفوت

---

(١) ألغى المشرع المصري «بالقانون رقم١٠٠ لسنة١٩٦٢م نظام المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الدعاوى المدنية والتجارية، وقصرها على ما يرد به نص» أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦١، وانظر: أحمد مسلم، أصول المرافعات: ص٦٧٢، بند٦٢٩، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، ١٩٩٠م: ص٨٤٨-٨٤٩.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٠٥ بند٥٧٣، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٥٩٧.

موعده، في حين أن الأصل في طرق الطعن غير العادية أن تكون في أحكام حائزة فعلا لتلك القوة[١].

ويمكن القول إن طرق الطعن العادية يبنى الطعن فيها على عدم قناعة المحكوم عليه بالحكم؛ حيث لا يُشترط أن يشتمل الطعن على تجريحه للحكم أو زعمه وجود عيب معين فيه[٢].

فتسميتها بالطرق العادية تعني أن الطاعن يسلك بها سبيلا قد وُضع للناس بشكل اعتيادي، بغض النظر عن صحة الحكم أو خطئه، ونظرا لأنه طريق عادي فإن الأصل فيه أن يوقف نفاذ الحكم حتى يتم الفصل فيه، أو أن يفوت موعده.

طرق طعن غير عادية:

وتشمل النقض والتماس إعادة النظر، وهما ينص القانون على أسبابهما على سبيل الحصر، وتلك الأسباب تعني أن الحكم فيه خلل ما في التطبيق القانوني، أو في أدلته الواقعية، أو في غيرها، فلا يجوز الطعن لكل محكوم عليه بهذه الطرق، بل لابد له من تقديم دليل يفيد خطأ الحكم من هذه الناحية، وبمعنى آخر: لابد للطاعن من تجريحه الحكم.

فتسميتها بالطرق غير العادية معناه أن الطاعن لجأ إليه بسبب خلل في الحكم، وهو ما ألجأه إلى ذلك الطريق الذي لم ينص القانون على كونه طريقا معتادا لسائر الخصوم، وكأنه هنا يستصرخ القضاء لوجود شيء غير عادي يتمثل في مخالفة القانون.

ولأن الأصل في الأحكام الصحة حتى يثبت العكس فإن الأصل في رفع هذا النوع من الطعن ألا يوقف نفاذ الحكم، هذا ما نص عليه قانون المرافعات[٣]، وبينه الدكتور أسامة المليجي، حيث قال: «أما الطعن على الحكم بأي طريق غير عادي، فلا يمس القوة التنفيذية، أي يكون الحكم قابلا للتنفيذ، حتى ولو طعن عليه فعلا بهذا الطريق»[٤].

---

(١) انظر: عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ط٢، ١٩٢١م: الكتاب السادس ص٨٦٨-٨٦٩ بند١١٩٢؛ وانظر: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني – قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠١م: ص٧٢٢-٧٢٣.

(٢) أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٤.

(٣) انظر: م٢٤٤، ٢٥١ مرافعات مصري.

(٤) أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٨ بند ٣٤٨/٤.

وبناء على هذا فقد جرى تقسيم الأحكام في القانون المصري من حيث قابليتها للطعن إلى الآتي[(١)]:

- أحكام ابتدائية: وهي أحكام تقبل الطعن فيها بالاستئناف
- أحكام انتهائية: وهي أحكام لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، إما لكونها صادرة من محكمة الاستئناف، أو لكونها لا تتوافر فيها شروطه، أو اتفق الخصوم على نهائيتها، أو سقط حق الطعن فيها بالاستئناف
- أحكام حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه: وهي أحكام لا تقبل الطعن فيها بالطرق العادية، وهي المعارضة والاستئناف.
- أحكام باتة: وهي أحكام لا تقبل الطعن بأي من الطرق العادية أو غير العادية.

رابعا: دراسة الطعن بالمعارضة رغم إلغائه في قانون المرافعات المصري:

لقد ألغى المشرع المصري «بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢م نظام المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الدعاوى المدنية والتجارية، وقصرها على ما يرد به نص»[(٢)]، وبذلك لم تعد لدراسة الطعن بالمعارضة جدوى عملية، ورغم ذلك لابد من دراستها ضمن طرق الطعن في هذا البحث للأسباب الآتية:

- أن القانون المصري ما هو إلا طرف واحد من أطراف الدراسة المقارنة، وتوجد أطراف أخرى، وهي الفقه الإسلامي القديم، والفقه المعاصر، والنظم الإسلامية، فليس معنى إغفال أحد هذه الأطراف لصورة معينة من صور الطعن أن نستثنيها من البحث، بل لابد أن نبحثها، ونبحث جدارتها بأن تدرج أو تغفل من طرق الطعن، وذلك مع إقرار الدراسة لواقع قانون المرافعات المصري، وبحث ذلك الواقع إن احتيج لذلك.
- أن هذه الدراسة وإن نصت في نطاقها على قانون المرافعات المصري، فلم تنص على إصدار معين له، مما يخول لها استحضار أي إصدار تاريخي للدراسة المقارنة، مع النص على أنه غير واقع الآن، وسيتبين كيف تناولت الدراسة نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق كما تناولت الحالي سواء بسواء.
- أن هذه الدراسة دراسة فقهية في المقام الأول، وليست دراسة قانونية، فالدراسة القانونية

---

(١) انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٥٩٩؛ أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٨ بند٥١١؛ أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٢-٢٥؛ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ٥٧٧؛ السعيد محمد الأمازي وعبد الحميد نجاشي الزهيري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٢٩٠-٢٩١.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦١، وانظر: أحمد مسلم، أصول المرافعات: ص٦٧٢، بند٦٢٩؛ أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٤ بند٣٤٧؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٤٧.

تحمل على عاتقها دراسة مواد القانون وفقا لآخر تعديل دراسة وصفية، أما الدراسة الفقهية فهي تدرس الأفكار والأحكام حتى ولو لم تسن، وحتى ولو سنت ثم ألغيت، فهي دراسة تبحث عن الرأي الأصوب والأرجح بغض النظر عن كونه واقعا مطبقا أو غير ذلك.

- أن الفصل بين المعارضة في المواد المدنية عنها في الجنايات هو أمر لم تتفق عليه جميع أطراف المقارنة، وهي الفقه الإسلامي (بشقيه القديم والمعاصر) والنظم الإسلامية وقانون المرافعات المصري.

لذلك ستضطلع هذه الدراسة بعبء دراسة المعارضة في الأحكام الغيابية أيضا، والله المستعان.

خامسا: الترتيب المختار لطرق الطعن:

ولما كان مجرد تقسيم طرق الطعن إلى طرق عادية وطرق غير عادية محل خلاف، ولأن تبني أحد الرأيين في تقسيم البحث قد يعد قفزا على نتائج البحث، ونظرا لأن معظم أصول الطعن في الفقه الإسلامي قد صيغت وتأسست في مبحث النقض فينبغي أن نبدأ بالنقض لأنه الصورة الرئيسة في الطعن في أحكام القضاء عند أكثر الفقهاء المسلمين - كما سيتبين - ولتحاشي التكرار في البحث قدر المستطاع؛ لأن البدء بالطرق غير العادية قد يترتب عليه التعرض للخلاف حولها، وهو بالضرورة يجر إلى ما ينقض وما لا ينقض من الأحكام في الفقه الإسلامي، وهو أمر يدرس في مبحث النقض.

فإذا تقررت أهمية البدء بالنقض ينبغي أن نقرر أن النقض بمعناه الواسع في المصادر الفقهية القديمة كان يشمل النقض، والتماس إعادة النظر، والمعارضة في الحكم الغيابي؛ وذلك لما يأتي:

- أما بالنسبة لالتماس إعادة النظر، فكان الفقهاء الأولون يبحثون مسائله في باب النقض، فلم يكونوا يفرقون بين نقض الحكم لأسبابه الشرعية ونقض الحكم لأسبابه الواقعية، فقد ورد في حاشية البجيرمي أنه: «إذا حكم قاض باجتهاد أو تقليد فبانَ حكمه بمن لا تقبل شهادته كعبدين، أو خلاف نص من كتاب أو سنة، أو نص مقلده، أو إجماع أو قياس جلي... بان أن لا حكم»[(١)]، فجمع بين النقض لسبب واقعي وهو ظهور الغش في الشهود، والنقض لمخالفة الشريعة، وهو مخالفة النص والإجماع والقياس الجلي. وورد في الأشباه والنظائر للسيوطي: «وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه، والخطأ قد يكون في نفس الحكم، بكونه خالف نصا أو شيئا مما تقدم، وقد يكون الخطأ في السبب، كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه، فيكون الخطأ في السبب لا في الحكم، وقد يكون الخطأ في الطريق، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها. وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم، بمعنى أنا تبينا بطلانه»[(٢)]، فجمع جميع

---

(١) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥١؛ وانظر: البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٥٤-٣٥٥.

(٢) الأشباه والنظائر، لأبي الفضل جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي المصري الشافعي (ت٩١١)، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١، (١٤١١هـ-١٩٩٠م): ج١/ص١٠٥.

أسباب النقض سواء الواقعية والشرعية تحت مسمى النقض.

- وأما الطعن في الحكم الغيابي والمسمى بالمعارضة، فقد غلب على الفقه والنظم الإسلامية وضعه ضمن النقض، واعتباره طريق طعن غير عادي، كما أن نظام المرافعات السعودي – قديمه وحديثه – قد عد الطعن في الحكم الغيابي حالة من حالات التماس إعادة النظر(١).

فإذا كان القانون الوضعي يسمح للطاعن بطريق المعارضة بإعادة نظر قضيته لمجرد صدور الحكم غيابيا عليه، ولو لم يكن عنده بينة لدفع الحكم فإن الفقه الإسلامي – في مجمله كما سيتبين تفصيلا – لم يكتف بذلك، بل لابد أن يقدم البينة على كون الحكم الصادر ضده مخالفا للدليل الشرعي أو للواقع، وإذا كان الأصل في القوانين الوضعية المعاصرة هو عدم اكتساب الحكم الغيابي قوة تنفيذية إلا بعد أن يحكم في المعارضة أو يفوت موعدها، فإن أغلب الفقه الإسلامي – كما سيتبين – يجعل الحكم الغيابي نافذا فور صدوره.

فطالما أن التماس إعادة النظر والمعارضة قد تفرعا عن النقض بمعناه الواسع فقد كانا حريين أن يُدرسا بعد النقض مباشرة. وبذلك يترجح في هذه الدراسة المقارنة الترتيب الآتي:

- **الفصل الأول: النقض:** ويقصد به النقض بمعناه الضيق، أي الذي يقتصر على الطعن في الحكم القضائي بسبب مخالفته الدليل الشرعي أو القانوني.
- **الفصل الثاني: التماس إعادة النظر:** ويقصد به الطعن في الحكم لأسباب واقعية، وما شابهها.
- **الفصل الثالث: المعارضة:** ويقصد بها طعن من صدر ضده حكم غيابي، وفيه ندرس هل هو طعن عادي أو غير عادي، والخلاف حول ذلك، والرأي الذي ترجحه الدراسة.
- **الفصل الرابع: الاستئناف:** وهو الطعن الوحيد المتفق على كونه طريقا عاديا في الطعن في الأحكام، وفيه نبحث الخلاف حول مشروعيته في الفقه الإسلامي، ونقارن بين الاستئناف الشرعي والاستئناف في قانون المرافعات المصري.

---

(١) انظر: م١٩٢ مرافعات سعودي قديم؛ م٢٠٠ مرافعات سعودي جديد؛ الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦-٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠.



المبحث الرابع

نبذة حول

مصادر الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

نبذة حول مصادر الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

قبل دراستنا للطعن في أحكام القضاء في الفقه الإسلامي لابد أن نعرج على مسألة مهمة ذات أثر كبير في فهم القضاء الإسلامي بصفة عامة، وفهم كثير من أحكام الطعن وطرقه بصفة خاصة، ألا وهي مسألة ماهية المصدر التشريعي للأحكام القضائية، وما أثير ويثار حولها من مجادلات وبحوث.

وتلك المسألة تشغل العقلية الفقهية الإسلامية منذُ رفضِ عمر بن الخطاب ﷺ نقض قضاء سابق لعلي وزيد رضي الله عنهما، رغم قناعته بخلافه، ورغم كونه - آنذاك - صاحب السلطة القضائية والتشريعية العليا في البلاد، وأنه حين سئل: «فما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله، أو إلى سنة نبيه ﷺ لفعلت، ولكني أردك إلى رأيي، والرأي مشترك»(١)، ومنذ رفض علي ابن أبي طالب في خلافته طعن أهل نجران في حكم سابق للخليفة الأسبق عمر بن الخطاب، وقوله: «لا أرد صنيعة عمر»، ومرورا بشراح الأحاديث الذين بوبوا أبوابًا في ذلك مثل: «باب اختلاف المجتهدين»(٢)، و«باب من رأى حكم من قبله صوابا فأقره»(٣)، و«باب من اجتهد ثم تغير اجتهاده لم يرد حكمه»(٤)، ثم بروز ظهارة ندرة الاجتهاد في سلك القضاء، وشيوع التقليد بين القضاة، مما جعل القضاة يعرضون الأقضية المنظورة أمامهم على فقهاء مثل شيخ الإسلام أبي السعود أفندي، والذي جمعها في مؤلف ضخم له ثم عرضها على الخليفة العثماني في عصره «سليمان القانوني» فأقرها، وأمر القضاة بالعمل بها، ثم مرورًا بما ورد في المادتين (١٨٠١)، (١٨٠٢) من مجلة الأحكام

---

(١) جامع بيان العلم وفضله، لأبي عمر يوسف بن عبد البر (ت٤٦٣هـ)، تحقيق أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م): باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص ج٢/ص٨٥٤؛ إعلام الموقعين: ج١/ص٧٤؛ والأثر قد استعمله كثير من الفقهاء، انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت٧٤٣هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.ت: ج٤/ص١٨٨؛ العناية شرح الهداية، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي (ت٧٨٦هـ)، دار الفكر، د.ط-د.ت: ج٧/ص٣٠٤؛ البناية: ج٩/ص٤٩؛ فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي (ت٨٦١هـ)، دار الفكر، د.ت - د.ط: ج٧/ص٣٠٥؛ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي (ت١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م): ج١/ص٣٢٥.

(٢) انظر: صحيح مسلم: كتاب الأقضية

(٣) انظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، للإمام الحافظ شهاب الدين أحمد ابن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري (ت٨٤٠هـ)، دار الوطن، الرياض، ط١، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م): كتاب القضاء.

(٤) المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق دار المشكاة، الناشر دار الوطن، الرياض، ط١، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): كتاب أدب القاضي.

العدلية العثمانية وشرحهما الناص على أن: «الحكم المخالف للأمر السلطاني مردود»[١]، وانتهاءً بعصرنا الحديث، حيث لا يطلب من القضاة أي نشاط فقهي في استخراج أحكام شرعية تتعلق بالخصومات المعروضة أمامهم؛ بل يمنعون من ذلك، ويكرسون جهدهم لتطبيق ما تسنه السلطة التشريعية من قوانين.

والحاصل أن أي حكم قضائي يستند إلى نوعين من الأدلة:

- النوع الأول: الأدلة الواقعية:

وهي التي يستدل بها القاضي على صدور تصرفات من الخصوم، أي أقول أو أفعال أدت إلى الخصومة التي بينهم، فجعلت أحدهم مدعيًا، وغيره مدعًى عليه.

وسبيل إثبات ذلك النوع هو استجواب الخصوم، وتحري ما يقدمونه من بينات وبراهين، وسماع الشهود، والنظر في المستندات، إلخ.

- النوع الثاني: الأدلة التشريعية:

وهي التي تتناول تلك التصرفات محل الخصومة ببيان أحكامها العامة والحق فيها من قصاص أو عقوبة أو إلزام.

وسبيل إثبات ذلك النوع هو الأحكام التشريعية المستنبطة من الفقه وأدلته الشرعية.

وفي القضاء الإسلامي القديم كان القاضي يستمد حكمه القضائي من الأدلة والنصوص الشرعية مباشرة، بفضل ما أوتيه من ملكة فقهية تؤهله للتعامل المباشر مع النصوص والأدلة، ويمكن أن يُطلق على هذا النظام «**النظام القضائي الترجيحي**»؛ لأن القاضي يستند فيه إلى ما يترجح لديه من أحكام شرعية متعلقة بالوقائع التي ينظر فيها، دون أن يلتزم بأحكام أو قوانين معدة سلفا وتحد من ترجيحه الشخصي.

ويبدو أن وصف ذلك القضاء بـ «**الترجيحي**» أكثر دقة من وصفه بـ «**الاجتهادي**»؛ لأن الأول يعم عصر الصحابة، والتابعين، ومن تلاهم في عصور التقليد قبل عصر التقنين العثماني، حيث كان جل القضاة مقلدين لأئمة مذاهبهم، ومع ذلك كان القضاء ترجيحيًّا، أي كان القضاة يحكمون بالراجح عندهم، وكان على كل خصم أن يتوجه إلى قاض يحكم بمذهبه.

---

(١) السابق: ج٤/ص٦٠٧.

كما ظهر أيضًا على الساحة الفقهية ما يمكن أن نسميه «**النظام القضائي القانوني**»، وهو الذي تعمم فيه على كافة القضاة أحكام شرعية اختارتها السلطة العامة، وأرادت توحيد الحكم بها.

ولم يكن الحد الفاصل بين النظامين صارمًا في بدايات كل منهما، بمعنى أن **القضاء الترجيحي** لم يكن يخلو من تعميمات، وإلزامات من السلطة العامة لقضاة الأمصار، فسيرد بعد قليل كيف أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كان لهما تعميمات اتسم بها عصر كلٍّ منهما، كإيقاع الطلاق الثلاث ثلاثًا، أو واحدة، وتوزيع الفيء بالتفاضل أو بالتساوي، وكذلك ما ورد في مواهب الجليل من أنه: «قد ولى سحنونُ رجلا سمع بعض كلام أهل العراق، وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة»، ومثل ما أورده عن الباجي من أنه: « كان في سجلات قرطبة "ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده"»، ويدل على أن هذا كان أمرا استثنائيا تعليق صاحب مواهب الجليل على ذلك: «وهو جهل عظيم منهم يريد؛ لأن الحق ليس في شيء معين»[(١)].

وبالمثل في **القضاء القانوني** كان عصر العثمانيين لا يُقنن فيه لكل شيء، بل كان يُسمح لقضاة المذاهب الأربعة أن يقضوا بما ترجح عندهم. ومن ذلك ما يقوله كثيرًا شارح مجلة الأحكام على سبيل ضرب المثل: «لو حكم قاض شافعي في دعوى امرأة بشهادة زوجها، وشهادة أجنبي آخر بجواز الحكم بهاتين الشهادتين على مذهب الإمام الشافعي ثم عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي الذي يقول بعدم جواز ذلك حسب مذهبه فيجب عليه إمضاء وتنفيذ ذلك الحكم لأن القاضي الأول قد حكم في أمر مجتهد فيه»[(٢)].

ولكن الدولة العثمانية بَنَت شروعها في التقنين الكامل على أساس متين، وبينته في مجلة الأحكام العدلية، وتحديدًا في المادة (١٨٠٠) منها التي تنص على أن «القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم»[(٣)]، وهذا يعني أن القاضي إن صدر له أمر بالحكم على وجه معين وبتشريع أو اجتهاد معين «فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (ت٩٥٤هـ) بيروت، دار الفكر، ط٣، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م): ج٦/ص٩٨-٩٩.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٤/ ٦٨٩)

(٣) مجلة الأحكام العدلية: المادة (١٨٠٠) (ص: ٣٦٧)

حكمه»(١)، فلو كان قدر لتلك الدولة الاستمرار في ذلك الحراك الفقهي لكانت اليوم على رأس الدول القانونية.

على أن القضاء الإسلامي الحديث والمعاصر قد أثير فيه خلاف حول جواز أن يستند القاضي إلى تشريعات جاهزة – قوانين – تسنها له السلطة الحاكمة. فأيده معظم الباحثين(٢) ورأوا ضرورته، في حين ذهب بعضهم(٣) إلى تحريمه، وفيما يأتي استعراض لمستند كل من الفريقين:

أدلة القائلين بجواز الإلزام (التقنين):

استدل المجيزون للتقنين بأدلة كثيرة، منها:

ب. قول الله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيْرٞ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾(٤)، ووجه الاستدلال أن أولي الأمر تجب طاعتهم على جميع الرعية(٥)، ومنهم القضاة، وأن القاضي وكيل الحاكم في القضاء، «وعلى الوكيل التزام أمر الموكل»(٦).

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: المادة (١٨٠١) (ص: ٣٦٧)

(٢) من المجيزين للتقنين: الدكتور مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط١، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م): ج١/ص٢١٤-٢٢٠؛ والدكتور محمد زكي عبد البر في كتابه تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط٢، (١٤٠٧هـ-١٩٨٦م): ص٤٩-٦٣؛ والدكتور محمد سلام مدكور في المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط٢، (١٩٩٦م): ص٣٨٣، والدكتور عبد الكريم زيدان في كتاب نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٠٧-٢١٥.

(٣) من المانعين لفكرة تقنين الأحكام وإلزام القضاة بالقوانين: الشيخ بكر عبد الله أبو زيد في كتابه فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م): ص٤٦ وما بعدها؛ وعبد الرحمن الشثري في كتابه تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، الرياض، دار الفضيلة، ط١، (١٤٢٦هـ): ص٢٢؛ وعبد الله بن بسام في كتابه: تقنين الشريعة أضراره ومفاسده، دار الثقافة، مكة، د.ط (١٣٧٩هـ): ص٩ وما بعدها.

(٤) [النساء:٥٩]

(٥) انظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، تحقيق محمود أحمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط٢، د.ت: ج٨/ص٤٩٥؛ الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن (تفسير القرطبي)، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت٦٧١هـ)، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، (١٣٨٤هـ-١٩٦٤م): ج٥/ص ٢٥٩-٢٦١.

(٦) تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر: ص٥٠.

ج. الإجماع على وقوع ذلك من السلف رضوان الله عليهم، ومن ذلك إلزام الفاروق عمر ﷺ إيقاع الطلاق الثلاث ثلاثا، وغيرها مما استدلوا به من آثار على الإجماع على مشروعية الإلزام(١).

د. أن التقنين حق لولي الأمر من أجل إصلاح القضاء: فتصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، «والاجتهاد الإسلامي قد أقر لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، ويأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك؛ فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به»(٢).

هـ. أن في التقنين ضرورة أو مصلحة، وأن في عدمه مفسدة، والمستند في ذلك عدة أمور، منها:

- أن علم المتقاضين بالحكم الفقهي الذي سيطبق عليهم قد يوفر على كثير منهم الذهاب إلى القضاء، والتداعي أمام المحاكم، كما أنه يعطي إحساسا بالعدل(٣).
- أن التقنين يؤدي إلى توحيد الأحكام، وعدمه يؤدي إلى التناقض والاختلاف(٤).
- أن أكثر القضاة مقلدون، مما يجعل القضاء عرضة للعشوائية والجهل(٥).
- أن التقنين يسهل على القضاة والمتقاضين الاهتداء إلى الأحكام الشرعية(٦).
- أن الاحتكاك بالدول الأخرى يجعل التقنين ضروريا؛ إذ تطلب كل دولة أن يحاكم رعاياها بأحكام واضحة منصوص عليها سابقا، طالما أنها توفر لرعايانا ذلك(٧).

أدلة المانعين من إلزام القضاة بأحكام معينة (قوانين):

استدل المانعون من التقنين بأدلة، منها:

أ. قول الله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ

---

(١) انظر: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء-٢، بحث بمجلة البحوث الإسلامية، إصدار اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية: ج١ العدد (٣٢) ص٣٩؛ ولم يعثر الباحث على ما يفيد الإجماع على ذلك.

(٢) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: ج١/ص٢١٥.

(٣) انظر: تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر: ص٤٩، المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، للدكتور محمد سلام مدكور، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط٢، (١٩٩٦م): ص٣٨٣.

(٤) انظر: تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر: ص٤٩.

(٥) انظر: السابق: ص٦٦.

(٦) انظر: السابق: ص٤٩؛ المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مدكور: ص٣٨٣.

(٧) انظر: مقال بعنوان (تدوين الأحكام القضائية أمام كبار العلماء اليوم) بقلم: تركي الصهيل، نقلا عن الدكتور عبد الرحمن الجرعي، صحيفة الشرق الأوسط ١٠٨٥٤ بتاريخ ١٦/ ٨/ ٢٠٠٨م.

﴿وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾ (١)، وجهة الاستدلال أن الحكم القضائي ينبغي أن يكون بحسب الرأي الذي يهتدي إليه القاضي(٢).

ب. قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ (٣)، ووجه الاستدلال أن الله لم يشرع لنا أن نرد ما اختلفنا فيه إلى القول الراجح لدى الحكام ولا إلى قوانينهم وإلزاماتهم، ولا إلى ما ترجح عند بعض العلماء المجتهدين دون بعض، ولا إلى أي اجتهاد غير معصوم، بل إلى كتاب الله ﷻ وسنة رسوله ﷺ(٤).

ج. قول الرسول ﷺ: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»(٥)، ووجه الاستدلال أن من عرف الحق حسب اجتهاده، أو ثقة في مقلَّده، ثم حكم بغيره فقد جار(٦).

د. الإجماع على عدم جواز إلزام الناس بقول واحد(٧).

ه. أن التقنين قول مبتدع يخالف ما جرى عليه العمل في عهد النبي ﷺ وخلفائه الراشدين ومن

---

(١) [النساء: ١٠٥]

(٢) انظر: تفسير الماوردي (النكت والعيون)، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق السيد عبد المقصود عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت: ج١/ص ٥٢٨؛ تدوين الراجح من أقوال الفقهاء-٢: مجلة البحوث الإسلامية ج١ العدد (٣٢) ص٣٦.

(٣) [النساء: ٥٩]

(٤) انظر: تفسير القرطبي: ج٥/ص٢٦١؛ فقه النوازل، بكر عبد الله أبو زيد: ص٤٦؛ تدوين الراجح من أقوال الفقهاء٢: ج١ العدد (٣٢) ص٣٧.

(٥) سبق تخريجه، بهامش ٤، ص٤ من هذا البحث.

(٦) انظر: معالم السنن (شرح سنن أبي داود) لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية، حلب، ط١، (١٣٥١هـ-١٩٣٢م): ج٤/ص١٦٠؛ عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي عبد الرحمن شرف الحق محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر (ت١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ: ج٩/ص٣٥٤؛ في تدوين الراجح من أقوال الفقهاء-٢، مجلة البحوث الإسلامية: ج١ العدد (٣٢) ص٣٧.

(٧) انظر: السابق: ص٣٨، وفقه النوازل: ص٧٥.

بعدهم من السلف الصالح[١].

و. أن التقنين تترتب عليه مفاسد، ودفعها أهم من جلب المصالح، ومن هذه المفاسد ما يأتي:

- تعطيل الثروة الفقهية ووقف حركة الاجتهاد[٢].
- أن التقنين لا يراعي الاختلافات الإقليمية في العادات[٣].
- أن التقنين يؤدي إلى مفسدة الحكم بغير الإسلام، وأنه أول دركة لحلول القانون الوضعي[٤].
- أنه يحد من الحريات، ويؤدي إلى هضم حقوق أعطاها الشرع للقضاة[٥].

---

(١) انظر: فقه النوازل: ص٧٢-٧٤؛ تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، الشثري: ص٢٢.

(٢) انظر: السابق: ٢٧، تقنين الشريعة أضراره ومفاسده، للشيخ عبد الله بن الرحمن بن بسام، دار الثقافة، مكة، د.ط (١٣٧٩هـ): ص٩.

(٣) انظر: السابق: ص٨؛ فقه النوازل: ص٨٦.

(٤) انظر: السابق: ص٢٤.

(٥) انظر: تقنين الشريعة أضراره ومفاسده: ص٨-٩.

الرأي الراجح:

يبدو أن الرأي الراجح هو جواز التقنين لوقوع ذلك في عصر الخلفاء الراشدين(١)، وهو وإن كان محدودا في عصرهم - رضوان الله عليهم - فلأن النظام المستند إلى ترجيح القضاة كان يناسب واقعهم؛ حيث كان الفقه في طور التأسيس، والمجتهدون كانوا كثرا، والآراء الفقهية والاختلافات كانت أقل نسبيا، والمشكلات الحادثة كانت أقل، أما اليوم فالأنسب هو القضاء القانوني لوجود واقع يخالف ذلك بشكل واضح، والدولة في حاجة ماسة لتوحيد الأحكام، وإعلانها سلفا للمتقاضين؛ لتطمئن نفوسهم لتحقيق العدالة، وكذلك لأن الحاكم العام - أو من ينوب عنه من سلطة تشريعية - يملك حق رفع الخلاف بسن أحكام يختارها وفق الراجح عنده، فإذا سن هذه الأحكام وجب على القضاة طاعته؛ لكونهم نوابا عنه في ممارسة القضاء.

ويؤيد ذلك أن بعض العلماء قد حكوا الإجماع في معرض استدلالهم على بعض المسائل الفقهية، مثل ما ورد في كتاب الفروع في الفقه الحنبلي، حيث جاء فيه: «إذن الإمام في أمر مختلف فيه كاف، بلا خلاف... ذكره الأصحاب في حمى الأئمة(٢) أن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه، كما لا يجوز نقض حكمه»(٣).

---

(١) ورد في صحيح مسلم أن أبا الصهباء قال لابن عباس: «ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر واحدة»؟ فقال: «قد كان ذلك، فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق، فأجازه عليهم» الجامع الصحيح (صحيح مسلم) للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (٢٠٦ - ٢٦١هـ)، بيت الأفكار الدولية، الرياض، (١٤١٩هـ-١٩٩٨م): كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، برقم ١٤٧٢: ص٥٩٠؛ وورد أن عمر بن الخطاب ﷺ ألزم الرعية برأيه في تفضيل السابقين بالإسلام في الفيء، وهو أمر خالف اجتهاد أبي بكر ﷺ. انظر: المصنف، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (١٥٩-٢٣٥هـ) تحقيق محمد عوامة، دار القبلة، جدة، ط١ (١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م): كتاب السير، باب ما قالوا في الفروض وتدوين الدواوين ج٦/ص٤٥٣؛ والسنن الكبرى للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت٤٥٨هـ)، مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد - الهند، ط١، ١٣٤٤هـ: كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب التفضيل على السابقة والنسب ج٦/ص٥٧٠.

(٢) يقصد بحمى الأئمة «أن يمنع الإمام موضعا لا يقع فيه التضييق على الناس؛ للحاجة العامة لذلك» الموسوعة الفقهية: ج٢/ص٢٤٦.

(٣) الفروع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي (ت٧٦٣هـ)، عالم الكتب، الرياض، ط٤، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م): ج٦/ص٤٥٤؛ وانظر أيضا: المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.ط، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م): ج١٠/ص٣٧، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (ت٦٢٤هـ)، دار الحديث، القاهرة، د.ط، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣ م): ج٥/ص٤٣٠؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت٨٨٥هـ)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط٢، د.ت: ج١١/ص٢٢٠.

تعقيب:

هذه المسألة لها تأثير على تعيين القضاة، وإصدارهم للأحكام، ونقضها، بما يمكن معه القول إننا بإزاء منظومتين إسلاميتين للقضاء - من حيث مصادره - الترجيحية والقانونية، فإن قرر المسلمون من خلال حاكمهم العام تبني المنظومة الترجيحية فسيولَى القضاة وتجري أحكامهم على ذلك، وإن اتخذوا المنظومة القانونية فإن القضاة سيمنعون من أي ترجيح يخالف ما تسنه الدولة، وستجري الأحكام بناء على القانون ومرجعيته.

وجدير بالذكر أن كلا من مجلة الأحكام العدلية العثمانية، والنظم السعودية حتى الآن قد اختارت المزج بين النظامين، القانوني والترجيحي، بمعنى إصدار أنظمة وقوانين في مسائل، وترك القضاة يحكمون بالراجح عند كل منهم في مسائل أخرى.

فالمجلة مع إلزامها القضاة بموادها إلا أنها كانت تسمح بالقضاء المذهبي فيما لم يقنن من أحكام، فقد ورد في شرح المجلة للمادة (١٦) المانعة من نقض الاجتهاد بالاجتهاد ما يعني أن القاضي قد يحكم بمذهبه، ثم يعرض حكمه على قاض آخر فلابد أن يقره طالما لم يخالف النص القطعي أو الإجماع[١].

وفي نظم المملكة العربية السعودية ما يزال كثير من الأمور يحكم فيها بالراجح عند القضاة، وقد أعلنت المملكة أنها المملكة في طريقها للتقنين الكامل[٢] بعد أن أقرت هيئة كبار العلماء بالأغلبية[٣] جواز ذلك، ولكن الواقع أنها في القضاء حتى الآن تسلك سبيل المزج بين النظام الترجيحي والنظام القانوني.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦، وانظر: المرجع نفسه: ج٤/ص٦٨٩.

(٢) انظر: مقال تركي الصهيل السابق، صحيفة الشرق الأوسط ١٠٨٥٤.

(٣) راجع: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء٢، مجلة البحوث الإسلامية: ج١/العدد (٣٢).

الفصل الأول

الطعن بطريق النقض

ويشتمل على المباحث الآتية:

- المبحث الأول: ماهية الطعن بالنقض، وعلاقته بالنظام القضائي
- المبحث الثاني: محكمة النقض واختصاصها
- المبحث الثالث: أسباب النقض
- المبحث الرابع: الخصوم في الطعن بالنقض
- المبحث الخامس: إجراءات الطعن بالنقض وآثاره.

المبحث الأول

ماهية الطعن بالنقض، وعلاقته بالنظام القضائي

وفيه مطلبان، وهما:

- المطلب الأول: ماهية الطعن بالنقض
- المطلب الثاني: علاقة أحكام النقض بالنظام القضائي.



المطلب الأول

ماهية الطعن بالنقض

يعد الطعن بطريق النقض من أهم صور الطعن في الحكم القضائي، فهو الصورة الرئيسة التي تعالج الخطأ الذي حدث في الحكم من جهة أدلته الشرعية أو القانونية، أما الطعن بالاستئناف فهو يعالج احتمال خطأ قاضي أول درجة بناء على الحق الافتراضي للمحكوم عليه في درجتين من التقاضي.

فالطعن بطريق النقض يبحث عن الخطأ الفعلي في الأدلة الشرعية أو القانونية، ويهدف إلى إلغاء الحكم الذي صدر من القاضي الأول إن كان معيباً من هذه الناحية؛ لهذا صار جديراً أن يكون على رأس أبواب الطعن في الأحكام القضائية.

وقد تقدم أن تعريف الطعن لغة هو القدح والعيب، كما تقدم أن تعريفه اصطلاحًا - في مجال القضاء - هو التظلم من الحكم القضائي بصورة مخصوصة ينظمها القانون(١)، بحيث يتقدم الطاعن - سواء المحكوم عليه أو غيره بحسب ما سنناقشه لاحقًا - بطعنه أو بقدحه في الحكم الذي صدر سابقًا، زاعمًا أنه حكم باطل، ويطلب من المحكمة إسقاط ذلك الحكم، وإعادة المحاكمة من جديد.

والنقض في اللغة: هو إفساد ما تم إبرامه، وهدم ما تم بناؤه(٢)، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُواْ كَٱلَّتِي نَقَضَتۡ غَزۡلَهَا مِنۢ بَعۡدِ قُوَّةٍ أَنكَٰثٗا...﴾(٣).

ونقض الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية هو إلغاؤها، وإزالة الآثار المترتبة عليها، فالحكم القضائي الأهل للنقض يعد غير موجود، بأن صار معدوما أو في حكم المعدوم، وصارت الخصومة في حاجة إلى حكم جديد. ومن هذا ما عبر عنه بعض الفقهاء، بـ (لا حكم) وذلك في مثل قولهم: «وإذا حكم قاض باجتهاد أو تقليد فبانَ حكمه بمن لا تقبل شهادته كعبدين، أو خلاف نص من كتاب أو سنة، أو نص مقلده، أو إجماع أو قياس جلي... بان أن لا حكم»(٤) أي إن الحكم القضائي متى ثبت أنه مستحق للنقض فهو كـ(لا حكم).

والنقض في الاصطلاح القانوني: هو أيضا إلغاء الأحكام السابقة، وإزالة الآثار المترتبة عليها،

---

(١) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٦١١ بند٤٨٣.

(٢) انظر: الصحاح: مادة (ن ق ض) ج٣/ص١١١٠؛ لسان العرب: مادة (ن ق ض) ج٥٠/ص٤٥٢٤؛ القاموس المحيط: مادة (ن ق ض) ج٢/ص٣٤٤؛ تاج العروس: مادة (ن ق ض) ج١٩/ ص٨٨.

(٣) [النحل: ٩٢]

(٤) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥١؛ وانظر: البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٥٤-٣٥٥.

فالحكم القضائي الذي صدر في خصومة إن حكم بنقضه عاد الخصوم إلى الوضع السابق على الحكم، بأن صار الحكم المنقوض معدوما، وصارت الخصومة في حاجة إلى حكم جديد[١].

فالطعن بطريق النقض هو الطعن الذي يطلب الطاعن فيه نقض الحكم القضائي السابق، أي هدمه وإلغاءه.

بين النقض والتمييز:

رغم أن النقض مصطلح معروف في كتب الفقه الإسلامي، فلم تبوب للفظه مجلة الأحكام العدلية، وأطلقت على مفهوم الطعن به (طلب تدقيق، أو ادعاء بعدم موافقة الحكم للأصول)[٢]، أما التمييز في مجلة الأحكام العدلية فلم يكن مرادفا للنقض، بل هو أقرب لما يعرف اليوم بالاستئناف، وبيان ذلك كالآتي:

- النقض في مجلة الأحكام العدلية نظمته المادة (١٨٣٨) واشترطت أن يأتي المحكوم عليه ببينة على أن الحكم غير موافق للأصول المشروعة، ولم تذكر أنه يوقف تنفيذ الحكم، مما يشبه أصول النقض القانوني بالمفهوم المعاصر.
- التمييز في المجلة نظمته المادة (١٨٣٩) ولم تشترط إتيان المحكوم عليه ببينة على عدم موافقة الحكم للأصول، بل ربطت ذلك بالقناعة الشخصية للمحكوم عليه، فقالت: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق وإلا ينقض»[٣]، وقد جاء في الشرح أن ذلك يوقف تنفيذ الحكم، وأنه يجوز من المحكوم عليه، أو المحكوم له[٤]، مما يدل على أنه لا يقابل في الاصطلاح المعاصر النقض، وإنما هو أشبه بالاستئناف، وسوف يتعرض البحث في فصل تالٍ لأوجه الشبه والاختلاف بين التمييز العثماني والاستئناف بمفهومه القانوني المعاصر.

غير أن أنظمة بعض الدول العربية ما تزال تطلق على النقض تمييزا، وتسمي المحكمة المختصة بالنظر في ذلك محكمة التمييز[٥]، والمملكة العربية السعودية في نظام المرافعات القديم كانت تستعمل (الاعتراض بالتمييز) بوصفه مقابلا للطعن بطريق النقض والاستئناف معا، فقد جاء في ذلك النظام:

---

(١) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٤٤بند ٧٥٧.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٣) السابق: ج٤/ص٦٩١.

(٤) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

(٥) في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وقانون المرافعات الإماراتي، وقانون المرافعات القطري تُعد محكمة التمييز محكمة نقض، وليست درجة ثانية من التقاضي. راجع: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٥ وما بعدها.

«طرق الاعتراض على الأحكام هي التمييز والتماس إعادة النظر»(١)، ولم يكن للنقض بمفهومه ولفظه وجود إلا في نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد الذي نص على أن: «طرق الاعتراض على الأحكام هي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر»(٢).

وهذا المزج الفريد بين النقض والاستئناف الذي وجد في التمييز السعودي في النظام القديم قد لفت نظر الدكتور أحمد هندي، الذي قال: «جاء نظام المرافعات الشرعية السعودي بتنظيم فريد للطعن أو الاعتراض على الأحكام، فهو لم ينظم اعتراضًا بالاستئناف، وفي نفس الوقت لم ينظم اعتراضًا بالتمييز بالمعنى الدقيق، بل جاء بنظام جديد خلط فيه بين الاعتراض بالاستئناف والاعتراض بالتمييز، فرغم أن نظام المرافعات الشرعية يطلق على هذا الاعتراض "الاعتراض بالتمييز" إلا أنه ليس كذلك حقيقة، فالطعن أو الاعتراض بالتمييز هو - بحسب الأفكار السائدة في القانون المقارن - لا يجوز إلا لأسباب محددة محصورة، بينما الاعتراض بالتمييز في النظام السعودي يجوز لأي سبب، كما أن الاعتراض بالتمييز لا يوجه إلا إلى أحكام نهائية محددة، هي عادة الصادرة عن محاكم الاستئناف العالي»(٣). ونلاحظ استخدامه لفظ التمييز بمعنى النقض في هذا النقل، ويفترِض أنه هو الأصل في القانون المقارن.

إذن هناك وجهتان للنظر مختلفتان: إحداهما تجعل التمييز مرادفا للنقض، والأخرى تجعله مقابلا له. وهذا يتطلب قدرا من التدقيق اللغوي في المقارنة بين هذين المصطلحين ودلالتيهما.

فالتمييز في اللغة: هو صيغة تفعيلٍ من الأصل الثلاثي الأجوف (ماز - يميز)، ومعناه عزل الشيء المميَّز، وفرزه، وفصل بعضه عن بعض، وتفضيل ما يستحق التفضيل، وتحقير ما يستحق التحقير(٤)، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلْخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ...﴾(٥)، ﴿وَٱمْتَٰزُواْ ٱلْيَوْمَ أَيُّهَا ٱلْمُجْرِمُونَ﴾(٦).

وبناء على ذلك يظهر أن التمييز في مجال الأحكام القضائية هو إعادة النظر فيها لفصل الصحيح عن الخطأ، ثم معاملة كلٍ بما يستحق، إن كان صحيحا يؤيد، وإن كان خطأ ينقض.

فيشترك التمييز مع النقض في أن كليهما يشمل إعادة النظر بشكل رقابي على صحة الحكم شرعا أو قانونا. ويبدو أن هذا ما راعاه الذين أطلقوا التمييز على النقض، وربما فضلوه لكونه يتسم بمزيد

---

(١) م١٧٣ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط: ص٢٨١، المرجع: ص٤٧١.

(٢) م١٧٦ مرافعات سعودي جديد.

(٣) أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية: ص٦٩.

(٤) انظر: الصحاح: ج٣/ص٨٩٧؛ لسان العرب: ج٤٨/ص٤٣٠٧؛ القاموس المحيط: ج٢/ص١٩١.

(٥) [الأنفال: ٣٧]

(٦) [يس: ٥٩]

من الاحترام للحكم الذي إن وصف بالتمييز لم يكن ذلك غضا من قيمته، أما إن وصف بالنقض فهو يشتمل على تجريح له، وهو قد يتأيد ويظهر أنه صحيح، أي إنهم لا يبنون ذلك على زعم الطاعن، فيكون بالتالي الأليق هو أن يطلب الطاعن تمييزه لا نقضه.

أما الذين فرقوا بين النقض والتمييز فربما رأوا أن النقض يلجأ إليه الطاعن بشرط استناده إلى أسباب وجيهة، وهي محصورة - شرعا أو قانونا - في حين أن التمييز يطعن به الطاعن لمجرد عدم اقتناعه بالحكم[١]، ويريد الاستيثاق من أن الحكم الذي صدر هو الحكم الصائب، ومعنى ذلك أنهم راعوا أسباب الطعن.

واشتراط الأسباب لسماع الطعن بالنقض أمر يمكن تفصيله بحسب الشريعة والنظم الإسلامية والقانون الوضعي كما يأتي:

- أما فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء فلم يصرحوا باشتراط وجود أسباب حصرية لقبول طلب المحكوم عليه نقض الحكم - بحسب اطلاع الباحث - فقد وردت عبارة الشافعي: «فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه...»[٢]، وهذه العبارة عامة، فلم تشترط - لكي ينظر القاضي في الطعن - إتيان الطاعنِ بالبينة، ولكن وردت تفصيلات لذلك في الحاوي الكبير، منها: «وإن كان التظلم منه في حكم حكم به عليه لم يسمع الحاكم الدعوى منه مجملة حتى يصفها بما تصح الدعوى بمثله»[٣]، فاشترط أن يصفها بما تصح الدعوى بمثله، وهو البينة.

- ومجلة الأحكام العدلية[٤]، ونظام المرافعات الشرعية السعودي[٥]، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني[٦] قد اشترطوا بوضوح أن يأتي المعترض بأسباب حصرية لنقض الحكم، وحينئذ تصدق تسمية ذلك الاعتراض طعنا بطريق النقض.

- وكذلك القانون المصري، فقد جاء صريحا في ذلك، فاشترط أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض على بيان الأسباب التي بني عليها الطعن، وقد نص القانون على هذه الأسباب على سبيل الحصر[٧]، واشترط أن يوقع على الصحيفة محام مقبول أمام محكمة النقض، أي لديه خبرة قانونية

---

(١) يتعرض البحث ص٣٦٣ للخلاف حول اشتراط ذكر الأسباب في صحيفة الطعن بالاستئناف.

(٢) الأم للشافعي: ج٦/ص٢٢٠.

(٣) الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٤٢.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٥) انظر: م١٩٥ مرافعات سعودي جديد.

(٦) انظر: م٢٩٢ مرافعات يمني، ويعد قانون المرافعات والتنفيذ اليمني الصادر عام أحد النظم القانونية الإسلامية، انظر: السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام: ص٢٧٢.

(٧) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٠٦.

عالية؛ ليكون أدعى لضمان جدية الأسباب[١]، وهذا يعني وجود دليل – ولو من وجهة نظر الطاعن على الأقل – على أن الحكم غير صحيح.

هذا، وستسير الدراسة – إن شاء الله – على طريقة من فرقوا بين التمييز والنقض، وذلك للأسباب الآتية:

١. أن المسألة اصطلاحية بحتة ولا مشاحة في الاصطلاح.

٢. أن كتب الفقه القديمة استعملت النقض ولم تستعمل التمييز بحسب اطلاع الباحث.

٣. أن الأنظمة التي يشملها نطاق الدراسة قد فرقت بينهما.

وبالتالي فإن الطعن بطريق النقض ينبغي أن يشتمل على أسباب محصورة تستدعي نقض الحكم، وأما عدم ذكر ذلك في بعض كتب الفقه القديمة فقد يبرره قلة الحالات، أو عدم عمق التنظير وقتئذ، أما لفظ التمييز فهو أكثر ارتباطا بالاستئناف كما تبين؛ لأنه يبنى على قناعة الخصوم لا على أسباب محصورة منصوص عليها.

---

(١) انظر: السابق: ص١٢٠٠-١٢٠١.

المطلب الثاني
علاقة أحكام النقض بالنظام القضائي

تقدم في المدخل التمهيدي أنه يوجد نظامان للقضاء في الشريعة الإسلامية، وهذان النظامان يختلفان من حيث المصدر التشريعي للأحكام التي يتم القضاء بحسبها، وهذان النظامان هما:

القضاء الترجيحي:

وفيه يعتمد القضاة على ترجيحاتهم الشخصية إن كانوا مجتهدين، أو على ترجيحات أئمة مذاهبهم إن كانوا مقلدين، وهذا النظام كان مطبقا في عصر النبوة، واستمر في معظم عصور الدولة الإسلامية، حتى ظهور التقنين(١)، وإن تخللت تلك العصور بعض الصور الاستثنائية القليلة(٢)، والقضاء بالترجيح صورة ثابتة في التاريخ الإسلامي؛ لدرجة أن قال عنها الدكتور عبد الفتاح السيد تحت عنوان «القضاء بعد الفتح الإسلامي حتى استيلاء العثمانيين على مصر» قال: «شأن القضاء في الإسلام اجتهاد الفقهاء»(٣).

القضاء القانوني:

وفيه يلتزم القضاة بما سنه ولي الأمر من تشريعات، ويقتصر عمل القضاة فيه على تفسير القانون وتطبيقه على الخصومات المنظورة أمامهم، بغض النظر عما يترجح لديهم، وهذا النظام ظهر إبان الدولة العثمانية من خلال تقنينها مجلة الأحكام العدلية، وهي تعد في نظر بعض الباحثين أول تجربة رسمية لقانون مدني(٤)، ومشروعية هذا النظام كانت وما تزال محلا للخلاف بين الفقهاء المعاصرين.

وقد تعرضت الدراسة لطرف من هذا الخلاف الدقيق في المدخل التمهيدي، لكن ما يعنينا هنا هو مقتضيات كل نظام من النظامين، ولاسيما ما كان له أثر مباشر أو غير مباشر في اختلاف أحكام النقض.

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا: ج١/ص٢٤٠؛ المدخل للفقه الإسلامي، مدكور: ص٣٧٤.

(٢) وجدت استثناءات في حقب القضاء الترجيحي مثل ما ورد في مواهب الجليل من أنه: «قد ولى سحنون رجلا سمع بعض كلام أهل العراق، وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة»، ومثل ما أورده عن الباجي من أنه: «كان في سجلات قرطبة "ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده"»، ويدل على أن هذا كان أمرا استثنائيا تعليق صاحب مواهب الجليل على ذلك: «وهو جهل عظيم منهم يريد؛ لأن الحق ليس في شيء معين» مواهب الجليل: ج٦/ص٩٨-٩٩.

(٣) عبد الفتاح السيد، الوجيز في المرافعات المصرية، مطبعة النهضة، القاهرة، ط٢، ١٩٢٤م: ص١٨.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا: ج١/ص٢٤٠.

كما تعرضت الدراسة في المدخل التمهيدي لكون المجلة العدلية والأنظمة السعودية لا يمثلان التقنين بشكله الكامل، ففيهما قدر من المزج بين إلزام القضاة، وتركهم يحكمون بالراجح عند كل منهم.

أثر كل من النظامين الترجيحي والقانوني في النقض:

لما كان النظام الترجيحي يقوم على ترجيح القضاة، وكانت تولية القضاة تتم على أساس الكفاءة الترجيحية أو الاجتهاد، فلا غرو أن أكثر الفقهاء يذهبون إلى اشتراط كون القاضي مجتهدا، إلا في حال تعذر ذلك، فيجوز تولية القاضي المقلد للضرورة، وهو رأي الشافعية[١]، وأكثر المالكية[٢]، والمشهور عند الحنابلة[٣]، في حين ذهب أكثر الحنفية[٤] إلى عدم اشتراط كون القاضي مجتهدا، وأنه صفة مستحسنة، فعندهم يجوز ويصح تولية القضاء للقاضي المقلد حتى في وجود القاضي المجتهد.

وقد استند أصحاب الرأي الأول - وهم الجمهور - إلى «قول الله ﷻ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ...﴾[٥]، ولم يقل بالتقليد»[٦]، و«أن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم»[٧]، واستندوا في قولهم بجواز تولية المقلد عند الضرورة إلى المصلحة، «لئلا تتعطل مصالح الناس»[٨]، واستند أصحاب الرأي الثاني إلى «أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به، وهو إيصال الحق إلى مستحقيه»[٩].

فعند من اشترط اجتهاد القاضي، تنقض أحكام المقلد إلا في حالة الضرورة، أما في حالة وجود القاضي المجتهد فإذا قام الحاكم بتولية القاضي المقلد فإن أحكامه تعتبر باطلة، وإن وافقت الحق، كما أنه يأثم القاضي والحاكم الذي ولاه[١٠].

---

(١) انظر: أسنى المطالب: ج٤/ص٢٧٨.
(٢) انظر: مواهب الجليل: ج٦/ص٨٨.
(٣) انظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، بيروت، دار الفكر، د.ط، (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م): ج٦/ص٢٩٥.
(٤) انظر: البناية: ج٩/ص٤.
(٥) [المائدة: ٤٩]
(٦) انظر: المغني: ج١/ص٦٦٠.
(٧) البناية: ج٩/ص٨.
(٨) تحفة المحتاج للهيثمي: ج١٠/ص١١٣.
(٩) البناية: ج٩/ص٨.
(١٠) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عليش (ت١٢٩٩هـ) دار الفكر، بيروت، د-ط، (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م): ج٨/ص٢٥٦-٢٦٢؛ الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٢٤-٢٢٥، الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت للماوردي: ج١/ص٨٥.

وذهب رأي آخر إلى اعتبار المسألة كالبيع الفاسد، أي ينفذ الصحيح منه، ولا ينفذ الباطل؛ لأنهم اعتبروا أن حرمة توليته مسألة منفصلة، ولا تؤثر على نفاذ أحكامه[١].

ومعنى هذا أنه في القضاء الترجيحي يوجد رأي معتبر يرى نقض الحكم وإن كان صحيحا في ذاته، وذلك لكون القاضي الذي أصدره ليس من أهل الاجتهاد، أي ليس أهلا لاستنباط الأحكام الشرعية التي تطبق على الوقائع المنظورة أمامه، وذلك فقط في القضاء الترجيحي.

وأما في القضاء القانوني، حيث يستند القاضي إلى نصوص القانون، فلا يشترط الاجتهاد أو الكفاءة الترجيحية في الفقه، بل يشترط الالتزام بالنصوص التي سنتها السلطة التشريعية، ومن هنا لم تخص نصوص القوانين طائفة المقلدين بنقض أحكامهم المخالفة للقانون، فالقانون العثماني ينص على أنه: «لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص؛ لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه»[٢]، فقوله (فليس للقاضي أن يعمل...) لم يستثن القاضي المجتهد، بل دل على أن أي قاض عرضة لنقض حكمه إذا خالف ما سنه الحاكم العام.

وكذلك نص القانون السعودي على أسباب النقض، حيث كان السبب الأول منها: «مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها»[٣]، وهو لم يستثن ما إذا كان القاضي مجتهدا، وأداه اجتهاده إلى حكم يخالف ما أصدره ولي الأمر.

ولما كان القضاة في القضاء الترجيحي تعقد لهم ولاية القضاء على شرط أنهم يقومون باستنباط الحكم الفقهي وتطبيقه، فلا غرو أن نجد الفقهاء قد مَنعوا من إلزام القاضي المجتهد بحكم أو مذهب، وأنه إذا ولَّى الحاكمُ قاضيا مجتهدا واشترط عليه أن يحكم بأحكام معينة – أيا كانت – فهناك اتفاق على بطلان هذا الشرط، وعدم إلزامه للقاضي[٤]، بل ذهب بعضهم إلى أبعد من ذلك؛ حيث قال

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م): ج٧/ص٣.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٨.

(٣) م١٩٣ مرافعات سعودي جديد.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص٤-٥؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٢٤-٢٥؛ مواهب الجليل: ج٦/ص٩٨-٩٩، منح الجليل: ج٨/ص٢٦٨-٢٧١؛ الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٧٥-٧٧؛ المغني: ج١٠/ص٩٣؛ الإنصاف: ج١١/ص١٦٩؛ كشاف القناع: ج٦/ص٢٩٢-٢٩٣.

ببطلان التولية إذا كانت على أساس هذا الشرط[١]، وقد تبين آنفًا عدم رجحان ذلك بأدلة جواز التقنين.

فإذا تقرر ذلك، فإنه في ظل ذلك القضاء الترجيحي لا يمكن إلزام القاضي المجتهد بقانون، ولا بأي شيء يخالف اجتهاده، وينبغي ترك الحرية له في أن يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده.

وإذا كان هناك اتفاق حول عدم جواز إلزام القاضي المجتهد بمذهب معين، فثمة خلاف حول جواز إلزام القاضي المقلد على ثلاثة آراء بيانها كالآتي:

١- أنه لا بأس أن يُلزم الحاكم القاضي المقلد بالمذهب الذي يرى فيه المصلحة لأهل الناحية التي يحكم فيها ذلك القاضي[٢].

٢- أن القاضي المقلد في هذه المسألة كالقاضي المجتهد، لا يجوز إلزامه بغير مذهب إمامه؛ لأن مذهب إمامه هو الحق المتعين بالنسبة له، وإن لم يقتنع به في ذاته، فلا يجوز له مخالفته والأخذ بأمر الحاكم[٣]، وقد رجح هذا الرأي الدكتور محمد سلام مدكور[٤].

فطبقا لهذا الرأي يجب على القاضي إن كان مقلدا أن يحكم بما ثبت عن مقلَّده. ويشترك المجتهد المذهبي في ذلك مع المقلد[٥]، وكلاهما يحكمان بالراجح عند إمامهما وإن لم يقتنعا به؛ لأن القناعة تلزم بعد دراسة الأدلة، والنظر العميق فيها، وهو أمر لا يفترض تحققه في المقلد، وإن تحقق لم يكن المقلد مقلدا[٦].

---

(١) هناك خلاف على صحة التولية للقاضي على هذا الشرط، فذهب بعضهم إلى صحتها مع بطلان الشرط، وذهب بعض آخر إلى عدم صحة التولية لأنها لابست شرطا فاسدا. انظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص٤-٥؛ مواهب الجليل: ج٦/ص٩٨-٩٩؛ الحاوي الكبير: ج٢٠ ص٧٥-٧٧؛ المغني: ج١٠/ص٩٣.

(٢) انظر: تبصرة الحكام: ج١/ص٦٥-٦٦؛ مواهب الجليل: ج٦/ص٩٨-٩٩؛ منح الجليل: ج٨/ص٢٦٨-٢٧١.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ)، وهو حاشيةٌ على شرح الشيخ الدردير أحمد بن محمد (١٢٠١هـ) المسمى بالشرح الكبير، دار الفكر، د.ط-د.ت: ج٤ ص١٣٠؛ تحفة المحتاج للهيثمي: ج١٠/ص١١٦-١١٧.

(٤) يقول الدكتور مدكور: «وهذا يتفق مع قولهم: إن من شرط صحة القضاء أن يحكم القاضي برأيه من غير تفرقة بين ما إذا قيده السلطان، أو لم يقيده، ولا بين ما إذا كان القاضي مجتهدا أو مقلدا؛ لأن المقلد رأيه هو رأي إمامه الذي هو مذهبه» المدخل للفقه الإسلامي: ص٣٨٠.

(٥) بالنسبة لمجتهد المذهب، قال البهوتي: «(ولو) كان مجتهدا (في مذهبه) المقلد فيه لإمام من الأئمة، فيراعي ألفاظ إمامه، ومتأخرها، ويقلد كبار مذهبه في ذلك، ويحكم به، ولو اعتقد خلافه» الروض المربع: ج١/ص٤٩٢.

(٦) يقول ابن فرحون في التبصرة: «وإن كان مقلدا جاز له أن يحكم بالمشهور من مذهبه، وأن يفتي به، وإن لم يكن راجحا عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده في الفتيا» ج١/ص٢٦، وقال البهوتي في كشاف القناع: «ويقلد كبار مذهبه في ذلك، ويحكم به ولو اعتقد خلافه؛ لأنه مقلد»: ج٦/ص٢٩٦.

ومعنى هذا أن القضاء الترجيحي فيه رأي فقهي معتبر يرى أن القضاة المقلدين للمذاهب – هم أيضا - يجب أن يحكموا بمقتضى مذاهبهم، وإن خالفت ما سنته السلطات الحاكمة، أي بخلاف القانون، ولا تُنقض أحكامهم بسبب هذه المخالفة.

٣- واختار فريق ثالث رأيا آخر، وهو أن القاضي المقلد يجب عليه استشارة العلماء، فإن اختلفوا على قولين أو أكثر قضى بقول أكثرهم علما(١).

وهذا الرأي لا يختلف عن سابقه، ويكاد يصل إلى النتيجة السابقة نفسها؛ إذ إنه يلزم القضاة المقلدين باستشارة علماء آخرين، لا بالالتزام بما يسنه أو يأمر به الحكام.

أما التولية في القضاء القانوني فهي تتم على أساس الكفاءة في التطبيق لا في الترجيح، فيُمنع القضاة من أي ترجيح أو رأي يخالف نصوص القانون؛ لذلك أوجبوا على القاضي الالتزام بالمسنون من القوانين، ويترتب على ذلك نقض أحكام القضاة إن خالفت القانون حتى ولو صدرت عن اجتهاد صحيح من مؤهل لذلك(٢).

هذا، ولم ينحصر أثر اختلاف النظامين الترجيحي والقانوني في تولية القضاة فحسب، بل تعدى ذلك إلى تحديد ما ينقض وما لا ينقض، ومن أمثلة هذا الأثر ما يأتي:

في القضاء الترجيحي:

١- لا يجوز النقض في الاجتهاديات، بمعنى أنه إذا عُرِض حكم قاض سابق على قاض لاحق، وكان الثاني يرى خطأ الحكم الأول، فلا يجوز له أن ينقضه طالما أنه يوافق رأيا اجتهاديا لأحد الفقهاء(٣).

٢- ينقض الحكم القضائي المخالف للأصول المقطوع بها المجمع عليها، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس الجلي، وسنعرض في المبحث الآتي لاختلافهم حول بعض المسائل المتعلقة بذلك.

في القضاء القانوني:

١- النقض لا يقتصر فقط على ما خالف الأصول المجمع عليها، بل يشمل أيضا المخالف لما يسنه أولو الأمر في الاجتهاديات، كنص مجلة الأحكام العدلية: «وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص؛ لما أن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن

---

(١) انظر: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق محمد حجي، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبي القرطبي (ت٢٥٥هـ)، دار الغرب الإسلامي، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ج٩/ص١٩١.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٨؛ م١٩٣ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: الإحكام للقرافي: ص٤١-٤٢، وحكى الإجماع على ذلك. انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٨.

يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه»[١]، وكقول الشيخ علي حيدر[٢] شارح المجلة: «والحكم المخالف للأمر السلطاني مردود»[٣].

٢- مسائل الأصول القطعية المختلف حولها، تكون بحسب ما يرجحه ويسنه أولو الأمر أيضا، فقد رجح أولو الأمر في الدولة العثمانية المذهب الحنفي، فكانت الأصول القطعية هي القرآن، والسنة المشهورة، والإجماع[٤]، في حين أن ثمة خلافا حول القياس الجلي والسنة الآحادية وغيرها، وحول كونها أصولا تستوجب نقض ما يخالفها، وهو ما سندرسه في المبحث الآتي.

ومن آثار تطبيق القضاء القانوني أيضا توحيد جهة النقض، فقد كان النقض يتم في القضاء الترجيحي من نفس القاضي، ومن أي قاض آخر، ومن القاضي اللاحق إذ يراجع أقضية القاضي السابق، أما في القضاء القانوني فتكون محكمة النقض هي وحدها الجهة المخولة بالنقض، وهو ما سنعرض له في المباحث الآتية.

الخلاصة:

إذا تقرر ما سبق، فينبغي دراسة أحكام النقض في الشريعة الإسلامية من منظورين منفصلين، كل على حدة، وهما منظور القضاء الترجيحي، ومنظور القضاء القانوني.

ولا سبيل إلى استبعاد أي من هذين النظامين من الدراسة المقارنة، فلا يستبعد القضاء القانوني بزعم أنه لم يطبق في العصور الإسلامية الأولى، أو بزعم أنه لم يقل به الفقهاء القدماء؛ لأنه ثبت أنه أحد قولين معتبرين للفقهاء المسلمين، وهو الرأي الراجح لدى أغلب الباحثين المعاصرين.

ولا يستبعد القضاء الترجيحي بزعم أنه لم يعد له وجود في الحياة المعاصرة، وأن التقدم والحداثة تقتضي عدم الرجوع إلى الوراء؛ لا يقال ذلك لأننا بصدد نظام أتت به الشريعة وطبق في قرون عديدة، علاوة على أن بحث النقض في القضاء الترجيحي لا يخلو من فوائد قد يستنير بها الباحث في القضاء القانوني، لاسيما أن كتب الفقه القديمة قد امتلأت بالتأسيس والتنظير لهذا النظام وحده.

---

(١) السابق: ج٤/ص٥٩٨.

(٢) هو: علي حيدر بن جابر بن عبد المطلب بن غالب الحسني، الشريف، الفقيه، الحنفي، من أشراف مكة، (ت١٣٥٣هـ)، ولد وتعلم بالآستانة، وتقدم عند العثمانيين، فجعلوه وزيرا للأوقاف، ثم وكيلا أول لرياسة مجلس الأعيان، وتوفي ببيروت. انظر: الأعلام للزركلي: ج٤/ص٢٨٤.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٠٧.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٧، وقال الشارح في أحد المواضع: «ما لم يكن حكم القاضي الأول مخالفا للكتاب، والسنة المشهورة، أو إجماع الأمة»: ج٤/ص٦٨٦، وانظر: ج٤/ص٦٨٩.

ومهما يكن من أمر، فإن الدقة البحثية تقتضي التفريق بين النظامين عند دراسة مبادئ النقض وأحكامه؛ لأن كثيرا من أحكام أحد النظامين - كما تبين - لا يمكن تطبيقها تطبيقا مستقيما في ظل النظام الآخر.

المبحث الثاني

محكمة النقض واختصاصها

يتكون هذا المبحث من المطالب الثلاثة الآتية:

- المطلب الأول: محكمة النقض
- المطلب الثاني: اختصاص محكمة النقض
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول
محكمة النقض

أولا: محكمة النقض في القضاء الترجيحي الإسلامي:

لم يحدد الفقهاء في القضاء الترجيحي – بحسب اطلاع الباحث – جهة مختصة بنظر الطعن بالنقض، وباستقراء ما أمكن التوصل إليه من مصادر فقهية قديمة لم يعثر على ما يشير إلى وجود جهة معينة تختص بنقض الأحكام، بل ثبت مما توافر من إشارات فقهية، أو حوادث قد يستدل بها أن المحكوم عليه إن ادعى بطلانا في الحكم الذي أصدره ضده قاض ما، فإنه قد يتوجه إلى أي قاض آخر دون تحديد، أو ربما يتوجه إلى القاضي نفسه الذي أصدر الحكم الأول، وقد يتوجه إلى قاضي المظالم[١]. وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أ- أي قاض آخر ينقض الحكم السابق:

لم يحدد الفقهاء – بحسب اطلاع الباحث – وجوب الطعن بالنقض لدى قاض محدد، وربما وردت إشارات إلى إمكان الطعن أمام أي قاض آخر غير الذي أصدر الحكم، وذلك دون تحديد، ومثال ذلك ما ورد في كتاب الأم: «وليس على القاضي أن يتعقب حكم من كان قبله فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه»[٢]، وما ورد في الكافي: «وليس على القاضي تتبع قضايا من قبله؛ لأن الظاهر أنه لا يولى للقضاء إلا من يصلح، والظاهر إصابته الحق... وإن تظلم متظلم من القاضي قبله وسأل إحضاره، لم يحضره حتى يسأله عما بينهما»[٣].

فهذان النقلان يوحيان بأن الطاعن كان يتجه إلى أي قاض في إطار اختصاصه المكاني، وأنه لم يكن ثمة قاض أو قضاة مختصون بالنظر في الطعن بالنقض.

---

(١) قاضي المظالم قاض جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، يقود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة والزجر، وقد يقوم بعمله الخلفاء بأنفسهم، أو الوزراء، أو غيرهم ممن لهم سلطة عامة، فلا يحتاجون إلى تقليد خاص، أما إن كان من غيرهم فلابد من تقليد خاص. انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ج١/ص٩٧.

(٢) الأم: ج٦/ص٢٢٠، الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٤١.

(٣) الكافي: ج٤/ص٢٣٣.

ومن الأمثلة التطبيقية لذلك ما ورد في كتاب أخبار القضاة لوكيع[١] في ترجمة القاضي ثمامة بن عبد الله[٢]، حيث ورد فيه: «ذهب رجل إلى ثمامة الأنصاري، وهو قاضي البصرة في قضاء قضاه الحسن[٣]، فأرسل إلى كتب[٤] الحسن فنفذ قضاءه»[٥].

فمن هذا النموذج يلاحظ أن الطاعن قد توجه إلى ثمامة وهو قاضي البصرة، لعدم وجود قاض مختص بنظر الطعن بالنقض، وأن القاضي ثمامة قد أيد حكم القاضي السابق (نفذه) طالما أنه – حسبما تدل الرواية – تم صحيحا، وخلا مما يستدعي النقض.

ب-القاضي نفسه يجوز له نقض حكمه السابق:

لم يتيسر العثور – فيما أتيح من مصادر – على ما يؤكد أن الطاعن في الحكم يتوجه لنفس القاضي، ولكنه قد وردت إشارات في بعض الآراء الفقهية إلى أنه في حالة القاضي الذي يحكم سهوا بغير مذهبه هو فقط الذي يملك نقض ذلك، ومن هنا فالمتوقع أنه لا يجاب بقبول الطعن من غير القاضي الأصلي – طبقا للقائلين بهذا – فيتعين على الطاعن التوجه إلى القاضي الأول، ومن ذلك ما ورد في شرح مختصر خليل: «إذا حكم المقلد لمذهب في قضية، وهو يرى أنها مذهب إمامه، فحكم بغيره غلطا فإنه ينقضه هو فقط، دون غيره؛ لجريانه على مذهب بعض العلماء»[٦].

---

(١) هو: أبو بكر محمد بن خلف بن حيان بن صدقة الضبي البغدادي الملقب بوكيع (ت٣٠٦هـ)، الإمام المحدث الإخباري القاضي، ولي القضاء بالأهواز، وتوفي ببغداد، وكان نبيلا، فصيحا، فاضلا، من أهل القرآن والفقه والنحو، له تصانيف كثيرة، مثل: (النواحي) في أخبار البلدان ومسالك الطرق، و(الشريف) على نمط (المعارف) لابن قتيبة. انظر: المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، لأبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت٥٩٧هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م): ج١٣/ص١٨٦.

(٢) هو: ثمامة بن عبد الله بن أنس الأنصاري التابعي(ت: بعد ١١٠هـ)، قاضي البصرة، ولي قضاءها سنة ١٠٦هـ، وعزل منه سنة ١١٠هـ، سمع أنسا، وسمع منه حماد بن سلمة، وابن عون، وعبد الله بن المثنى. وثقه أحمد والنسائي، وروى عن أبي يعلى أن ابن معين أشار إلى تضعيفه انظر: التاريخ الكبير، للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخاري الجعفي (ت٢٥٦هـ)، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر، د.ط-د.ت: ج٢/ص١٧٧؛ تهذيب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط١، ١٣٢٦هـ: ج٢/ص٢٩.

(٣) لعله: أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار، مولى زيد بن ثابت الأنصاري، المعروف بالحسن البصري (ت١١٠هـ)، من كبار التابعين، وكان سيد أهل زمانه علما وعملا، ولاه عدي بن أرطأة – عامل عمر بن عبد العزيز على العراق – قضاء البصرة بعد إياس بن معاوية. انظر: أخبار القضاة، لأبي بكر الضبي الملقب بوكيع (ت٣٠٦هـ)، تحقيق سعيد محمد اللحام، عالم الكتب، الرياض، د.ط، د.ت: ج٢/ص٣-١٥.

(٤) كذا بالأصل، ولعله (كاتب)، بمعنى أنه أرسل إلى كاتب الحسن؛ ليطلع على كتبه، ويتبين الحكم وحيثياته، أو لعل الصواب: أرسل في (طلب) كتب الحسن.

(٥) أخبار القضاة: ج٢/ص٢٤٤.

(٦) شرح مختصر خليل للخرشي، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت١١٠١هـ) دار الفكر، د.ط-د.ت: ج٧/ص١٦٦.

وأيضا وجود التخيير أحيانا بين نقض القاضي نفسه للحكم الذي قام بإصداره، أو نقض غيره له يوحي بأنه كان يجوز للطاعن أن يتقدم بطعنه إلى نفس القاضي، ومن ذلك ما ورد في كتاب الأم: «وإذا حكم القاضي بحكم، ثم رأى الحق في غيره، فإن رأى الحق في الحادث، بأنه كان خالف في الأول كتابا أو سنة أو إجماعا، أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنة نقض قضاءه الأول على نفسه، وكل ما نقض على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه»[١].

كما حكي في المدونة عن الإمام مالك رجوع القاضي عن حكم نفسه[٢]، مما يدل على أن القاضي نفسه يملك نقض حكمه، فقد يدل ذلك على جواز أن يطعن المحكوم عليه بالنقض أمام نفس القاضي.

هذا، وقد جعل بعض الحنابلة الأصل أن ينقض الحكم القاضي الذي أصدره، دون غيره، ورد في كشاف القناع: «وحيث قلنا بنقض الحكم، فالناقض له حاكمه إن كان موجودا، فيثبت السبب المقتضى عنده، وينقضه حاكمه دون غيره»[٣].

ج- القاضي الثالث يملك نقض النقض:

هناك نقول أخرى عن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أفادت أنهم جوزوا نقض الحكم الذي حُكم بنقضه على وجه خاطئ، أي إذا كان القاضي الثاني الذي نقض حكم الأول قد نقضه وهو غير مستحق للنقض، ثم عرض الحكم على قاض ثالث فإنه يجوز للقاضي الثالث نقض الحكم الثاني، ومن ذلك ما قاله القرافي في كتاب الفروق: «مما ينقض نقض ما لا ينقض، فإذا قضى قاض بأن ينقض حكم الأول، وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثاني؛ لأن نقضه خطأ، ويقر الأول»[٤]، وورد في شرح المجلة: «حتى أنه لو أبطل القاضي الثاني الحكم الذي هو من هذا القبيل، وعرض حكم القاضي الثاني المتضمن إبطال الحكم الأول على قاض ثالث، فيبطل القاضي الثالث

---

(١) الأم: ج٦/ص٢٢٠.

(٢) انظر: المدونة: ج٤/ص١٣.

(٣) كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٧؛ وانظر: شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الرياض، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م): ج٣/ص٥٠٩.

(٤) الفروق: ج٤/ص٤١، ونسب هذه العبارة إلى كتاب النوادر عن الإمام محمد بن الحسن، ولكن لم يعثر على هذه العبارة بالنص في كتاب النوادر، وإنما وجدت عبارة مشابهة فيه عن ابن المواز، ونصها كالآتي: «قال ابن المواز: ولو أن قاضيا نقض حكم قاض قبله، ثم ولي ثالث، وعزل الثاني، فإن كان الأول مما اختلف فيه، فللثالث نقض حكم الثاني، وينفذ الأول؛ لأن نقضه خطأ صراح، وإن كان مما لا يراه الثالث، فإن الثالث ينفذه، وإن كان الأول خطأ لا يختلف فيه، فليمض الثالث حكم الثاني إن حكم الثاني بما فيه اختلاف». النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت٣٨٦هـ)، تحقيق عبد الفتّاح محمد الحلو وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م: ج٨/٩٨.

حكم القاضي الثاني، وينفذ حكم القاضي الأول؛ لأن القاضي الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، فكان القضاء من الثاني مخالفا للإجماع فيكون باطلا»(١).

في حين لا يجوز في القانون المصري نقض الأحكام المنقوضة؛ لأن ما حكمت به محكمة النقض هو حكم نهائي بات لا يجوز الطعن فيه بأي صورة من صور الطعن(٢).

من الأمثلة التاريخية لذلك ما ورد في "كتاب الولاة وكتاب القضاة" من أنه قد: «حكم في دار الفيل، وهي دار أبي عثمان(٣) مولى مسلمة بن مخلد(٤) الأنصاري جماعة من قضاة مصر... وحكم هارون بن عبد الله(٥) فيها بإخراج بني البنات من العقب، فلما ولي محمد بن أبي الليث(٦)، فسخ

---

(١) درر الحكام: ج٤/ص٦٨٨، وانظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤، الفتاوى الهندية: ج٣/ص٣٥٦؛ الفروق: ج٤/ص٤٠.

(٢) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٤١.

(٣) لعله: أبو عثمان، ويقال أبو عثيم، سعيد بن عبد الجبار الزبيدي، روى عن هشام بن عروة، ووحشي بن حرب، وعنه بقية بن الوليد، ويحيى بن آدم. قال قتيبة رأيته بالبصرة، وكان جرير يكذبه، وقال ابن المديني: لم يكن بشيء، كان يحدثنا بالشيء، فأنكرنا عليه بعد ذلك فجحد، وقال النسائي ضعيف، انظر: تهذيب التهذيب: ج٤/ص٥٣.

(٤) هو: أبو معن مسلمة بن مخلد بن الصامت بن نيار بن لوذان بن عبدود بن زيد الأنصاري (ت٧٢هـ)، صحابي أدرك النبي ﷺ، وروى عنه، روى عنه أبو أيوب الأنصاري، وهو أكبر منه، وكان مولده حين قدم النبي ﷺ المدينة مهاجرا، وقيل: كان له لما قدم ﷺ المدينة أربع سنين، وشهد بعد النبي ﷺ فتح مصر، وسكنها، واستعمله الأمويون على مصر والمغرب، ومات في المدينة في خلافة معاوية. انظر: الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البغدادي المعروف بابن سعد (ت٢٣٠هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م): ج٧/ص٣٤٨؛ تاريخ دمشق، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله، المعروف بابن عساكر (ت٥٧١هـ)، تحقيق عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر،د.ط، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م): ج٥٨/ص٥٤؛ أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن عز الدين علي بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، ابن الأثير (ت٦٣٠هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م): ج٥/ص١٦٨.

(٥) هو: أبو يحيى هارون بن عبد الله الزّهرىّ (ت٢٣٢هـ)، قاضى مصر، كانت ولايته ثمانى سنين وستة أشهر، وصرف عنها فى سنة ٢٢٦هـ، وولي قضاء عسكر المهدي ببغداد في أيام المأمون، ثم عزل عنه، وولي قضاء مصر، وكان من أصحاب مالك ﷺ. انظر: تاريخ بغداد وذيوله، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، (١٤١٧هـ): ج١٤/ص١٣.

(٦) هو: أبو بكر محمد بن أبي الليث الحارث الإياديّ (ت٢٥٠هـ)، قاضى مصر. توفى ببغداد، ويقال إن أصله من بلخ. انظر: تاريخ ابن يونس المصري، لأبي سعيد عبد الرحمن بن أحمد بن يونس الصدفي (ت٣٤٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢١هـ): ج٢/ص٢٢٣.

حكم هارون، ودفع إلى بني السائح[١] بضعها، فلما ولي الحارث[٢]، فسخ حكم ابن أبي الليث فيها، وأخرج بني السائح منها»[٣].

فالقاضي الثاني هنا - محمد بن أبي الليث - نقض حكم الأول، ثم عرضت القضية على قاض ثالث - وهو الحارث - نقض حكم الثاني.

وقد يعد تطبيقا لنقض النقض ما ورد في كتاب أخبار القضاة، حيث جاء في ترجمته لسوار ابن عبد الله بن قدامة[٤]: «ثم قتل إبراهيم[٥] في سنة خمس وأربعين ومائة، فأعاد المنصور سوارا على القضاء، فذكر أنه رد قضايا عباد[٦]، فأتاه عباد سرا، فقال له: لم ترد أحكامي؟ قال: لأنك حكمت

---

(١) غير معروف، ولعله: أبو محمد السائح، إفريقي من الصالحين، لقب بالسائح لأنه ساح في الأرض، ولقي في سياحته سادة من شيوخ المغرب، وديار مصر، والشام، ودياري بكر ومضر، والعراق والحجاز، وصحبهم، ثم استوطن الإسكندرية، وله فيها آثار حسنة مثل بناء مسجد، وصهريج للسبيل من أموال المسلمين. انظر: معجم السفر، لأبي طاهر صدر الدين السِّلَفي أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم سِلَفَه الأصبهاني (ت٥٧٦هـ)، تحقيق عبد الله عمر البارودي، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ت، د.ط: ص١٤٦.

(٢) هو: أبو عمرو الحارث بن مسكين بن محمد بن يوسف الأموي (١٥٤هـ-٢٥٠هـ)، العلامة، الفقيه، المحدث، الثبت، قاضي القضاة بمصر، طلب العلم على كبر، روى عن سفيان بن عيينة، وعبد الله بن وهب، وابن القاسم، وغيرهم، وحدث عنه: أبو داود، والنسائي، وغيرهما. أثنى عليه أحمد بن حنبل، وقال يحيى بن معين: لا بأس به، وقال النسائي: ثقة، مأمون، حمله المأمون إلى بغداد في محنة القول بخلق القرآن، وسُجن إلى أن استخلف المتوكل، فأطلقه، فحدث ببغداد، ورجع إلى مصر متوليا قضاء مصر. سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (٧٤٨هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م): ج١٢/ص٥٤.

(٣) كتاب الولاة وكتاب القضاة، لأبي عمر محمد بن يوسف بن يعقوب الكندي المصري (ت: بعد ٣٥٥هـ)، تحقيق محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م): ص٣٣٨؛ ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ)، تحقيق ابن تاويت الطنجي وآخرين، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط١، طبع في عدة سنوات: ج٤/ص١٧٦.

(٤) هو: سوار بن عبد الله بن قدامة التميمي العنبري البصري (ت٢٤٥هـ)، الإمام العلامة القاضي، وثقه النسائي، وكان من فحول الشعراء فصيحا مفوها، وقد عمي بآخر عمره. انظر: سير أعلام النبلاء: ج١١/ص٥٤٣.

(٥) هو: إبراهيم بن عبد الله بن الحسن بن علي بن أبي طالب (ت١٤٥هـ)، أحد الأمراء الأشراف الشجعان، خرج بالبصرة على المنصور العباسي، فبايعه أربعة آلاف مقاتل، وخافه المنصور فتحول إلى الكوفة، وكثرت شيعة إبراهيم، فاستولى على البصرة، وسير الجموع إلى الأهواز، وفارس، وواسط، وهاجم الكوفة، فكانت بينه وبين جيوش المنصور وقائع هائلة انتهت بقتل إبراهيم، وممن آزره في ثورته الإمام (أبو حنيفة). انظر: مقاتل الطالبيين، لأبي الفرج علي بن الحسين بن محمد بن أحمد بن الهيثم المرواني الأموي القرشي الأصبهاني (ت٣٥٦هـ)، تحقيق السيد أحمد صقر، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت: ص٢٧٢؛ الأعلام للزركلي: ج١/ص٤٨.

(٦) هو: أبو سلمة عباد بن منصور الناجي البصري (ت١٥٢هـ) الإمام القاضي، حدث عن عكرمة، والقاسم، وعطاء، وآخرون، وحدث عنه يحيى القطان، ويزيد بن هارون، والنضر بن شميل، وآخرون، قال أبو داود: ولي قضاء البصرة خمس سنين، وضعفه أبو حاتم، ويحيى بن معين، وابن حبان. انظر: سير أعلام النبلاء: ج٧/ص١٠٥.

في الفتنة، قال: فالذي حكمتُ في مخرجه أفضل أم يزيد بْن المهلب[١]؟ قال: بل هو أفضل، قال: فقد حكم الحسن[٢] في مخرج يزيد، وأمضى سوار أحكامه»[٣].

فهنا نقض سوار أحكام عباد لاعتقاده بطلان توليته؛ حيث تقلد عباد من قِبل خارج على الخليفة الشرعي وقتذاك، وبغض النظر عن صحة هذا الاعتقاد أو خطئه، فالشاهد هنا وقوع نقض النقض، فعندما التقى سوار بعباد، أقنعه بالعدول عن حكمه السابق، فنقض ما كان من نقضه الأول، وأيد أحكام عباد، ويلاحظ أن نقض الأحكام ونقض النقض قد وقعا من قاضي الخصومات، ولم يعرض الأمر على قاض أعلى مختص بالنظر في ذلك.

د- الحاكم العام أو قاضي المظالم يجوز له نقض الحكم:

كما أجازت الشريعة الطعن أمام الحاكم العام، أو أمام قاضي المظالم، «فقد روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ أنه أُتي برجل من قريش، وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربه عبد الله أربعين، وأقامه للناس، فانطلق قوم إلى عمر بن الخطاب ﷺ فقالوا: فضح منا رجلا، فقال عمر ﷺ لعبد الله ﷺ: بلغني أنك ضربت رجلا من قريش، فقال: أجل، أتيت به قد وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربته أربعين، وعرفته للناس. قال: أرأيت ذلك؟ قال: نعم. قال: نعم ما رأيت. قالوا جئنا نستعديه عليه فاستفتاه»[٤].

---

(١) هو: أبو خالد يزيد بن المهلب بن أبي صفرة الأزدي (١٠٢هـ)، أمير من القادة الفاتحين. ولي خراسان بعد وفاة أبيه، فمكث نحوا من ست سنين، وعزله عبد الملك بن مروان برأي الحجاج، فلما تم عزله حبسه، فهرب يزيد إلى الشام. ولما أفضت الخلافة إلى سليمان بن عبد الملك، ولاه العراق ثم خراسان، فعاد إليها، وافتتح جرجان وطبرستان. ثم نقل إلى إمارة البصرة، فأقام فيها إلى أن استخلف عمر بن عبد العزيز، فعزله، وطلبه، فجئ به إلى الشام، فحبسه بحلب. ولما توفي عمر ﷺ وثب غلمان يزيد، فأخرجوه من السجن. وسار إلى البصرة فدخلها، وغلب عليها، ثم نشبت حروب بينه وبين مسلمة بن عبد الملك، انتهت بمقتله. انظر: تاريخ جرجان، لأبي القاسم حمزة بن يوسف بن إبراهيم السهمي القرشي الجرجاني (ت٤٢٧هـ)، تحقيق محمد عبد المعيد خان، عالم الكتب، بيروت، ط٤، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م): ص٤٩؛ تاريخ دمشق لابن عساكر: ج٧٤/ص١١٩.

(٢) لم يعثر الباحث على تفاصيل مفيدة لشخصية الحسن المذكور في هذه الرواية، فبين خروج يزيد وقتله فترة قصيرة لم يعثر على تفاصيل من تولى القضاء فيها.

(٣) أخبار القضاة: ج٢/ص٢٨٥.

(٤) أخرجه القاضي وكيع في أخبار القضاة: ج١/ص٣٥٧؛ مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الحدود، باب (في الرجل يوجد مع امرأة في ثوب) ج١٤/ص٤١٩؛ ومصنف عبدالرزاق: كتاب الطلاق، باب الرجل يوجد مع المرأة في ثوب أو بيت ج٧/ص٤٠١، ٤٠٢، برقم: (١٣٦٣٩)، وذكر الهيثمي أن رجاله رجال الصحيح، انظر: بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٨٠٧هـ) تحقيق عبد الله محمد الدرويش، دار الفكر، بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، د.ط: كتاب الحدود والديات، باب فيمن وجد مع أجنبية في لحاف، ج٦/٤١٦-٤١٧.

فبوسع الطاعن أن يتوجه إلى الحاكم العام متظلما من الحكم الذي صدر ضده، وهو قد فهم أيضا من كلام كثير من الفقهاء[(١)].

ومن الأمثلة التطبيقية لذلك ما ورد في "كتاب الولاة وكتاب القضاة" في قضية بني السائح المذكورة آنفا، إذ جاء فيه أنه بعد أن نقض الحكم للمرة الثانية تظلم أحد أبناء السائح من الحكم الأخير الذي حكم به الحارث عند الخليفة العباسي المتوكل في العراق، «وأمر المتوكل بإحضار الفقهاء، فنظروا في قضيته خطئوه[(٢)] فيها، وتناولوه بألسنتهم، وكان الفقهاء الذين نظروا في قضيته من الكوفيين، وإنما حكم الحارث على مذهب المدنيين، وبلغ الحارث ما جرى هناك من ذكره، فكتب يسأل أن يعفى عن القضاء»[(٣)].

ومن أمثلة ذلك ما ورد في كتاب الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، في ترجمة القاضي محمد بن القلفاط[(٤)] أنه: «حكم بين خصمين في بناء جدار، وحكم القاضي شمس الدين الخطيب المصري الحنفي[(٥)] بخلافه، فترافع الخصمان إلى السلطان الغوري فطلب القاضيين، ونهر صاحب الترجمة منهما، فعاد إلى بيته واستمر ضعيفا أياما، إلى أن مات يوم الاثنين ثاني عشر ذي القعدة...»[(٦)].

فيمكن من خلال هذا النموذج أن نستخلص أن الخصوم ترافعوا بالطعن لدى السلطان (الحاكم العام). وهذا يتفق مع ما تقرر ها هنا من حق الحاكم العام، أو من ينوب عنه في النظر في الطعون في أحكام القضاة، كما تدل الرواية أيضا على وقوع النقض من السلطان نفسه للحكم الأول الذي حكم به ابن القلفاط، ويبدو أنه أيد الحكم الثاني للحنفي.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص٣، تبصرة الحكام: ج١/ص٨٧، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٢، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني (٤٨٩-٥٥٨هـ)، تحقيق قاسم محمد النوري، بيروت، دار المنهاج، ط١، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م): ج١٣/ص٨.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «وخطّؤوه».

(٣) كتاب الولاة وكتاب القضاة: ص٣٣٨، وانظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك: ج٤/ص١٧٦.

(٤) هو: ولي الدين محمد بن حسن القلفاط القاضي (ت٩١١هـ)، ابن القاضي بدر الدين بن القلفاط الشافعي، خليفة الحكم العزيز بالقاهرة. انظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، تأليف نجم الدين محمد بن محمد الغزي (ت١٠٦١هـ)، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): ج١/ص٣٧ .

(٥) لعله: شمس الدين محمد بن محمد الفارسكوري الحنفي (ت: بعد ٩٦٤هـ)، وهو فقيه حنفي، وكان إماما في الجامع الغوري بالقاهرة، ومن مؤلفاته: الإبانة في معرفة الأمانة. انظر: معجم المؤلفين-تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة الدمشقي (ت١٤٠٨هـ)، بيروت، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، د.ت-د.ط: ج١١/ص٢٥٨.

(٦) الكواكب السائرة: ج١/ص٣٧.

هـ- الحاكم العام، أو من ينوب عنه يتصفح الأحكام ويملك نقضها:

وحتى إذا لم يطعن الخصوم، ذهب رأي معتبر في الفقه الإسلامي إلى أن الحاكم أو من ينوب عنه، كالقاضي اللاحق، يجوز لهم تصفح (أو تعقب)(١) أحكام القضاة – على خلاف حول تصفح أحكام القاضي العدل العالم(٢) – وبالتالي إن وجد المتصفحون ما يستحق النقض نقضوه، فكانوا بمثابة قضاة للنقض، وقد سئل ابن رشد عن القاضي الجائر: «أيتصفح قراءةً ما كان سجل به للناس، وأشهد لهم عليه مما كان حكم به لهم؟ أم يقال للخصماء: استأنفوا الخصومة؟»(٣)، فأجاب: «القاضي المعلوم بالجور في أحكامه تنقض أحكامه كلها، ويؤمر الخصمان باستئناف الخصام»(٤).

ومن ذلك ما ورد في كتاب السلوك لمعرفة دول الملوك من أنه قد: «عُرِض أرباب السجون ليفرج عنهم، من كثرة شكواهم بالجوع... ثم في ثالث عشره: عرض السلطان جميع من في السجون، وأفرج عنهم بأسرهم، حتى أرباب الجرائم من السراق وقطاع الطريق، ورسم ألا يسجن القضاة والولاة أحدا، وأن من قبض عليه من السراق يقتل، ولا تقطع يده(٥)، فغلقت السجون، ولم يبق بها مسجون. ثم نقض ذلك بعد قليل، وسجن من استحق السجن»(٦).

ويستفاد من هذا النموذج وقوع النقض من السلطان أو الحاكم العام في الظروف الطارئة الاستثنائية، كالمجاعات والغلاء الشديد وقلة المؤونة، فالمسجونون في أحكام قضائية في دعاوى دين لا معنى لحبسهم دون القدرة على إطعامهم في السجون. وأيضا تنفيذ حكم قطع يد السارق يقتضي القدرة على الإنفاق عليه؛ لأنه قد لا يقدر على الكسب بعد قطع يده، مما استلزم نقض مثل تلك الأحكام، كما استلزم الإفراج عن المسجونين، وأن الحاكم العام كان يملك نقض أحكام القضاة في الظروف الاستثنائية، وقد تقرر أنه يملك ذلك في الظروف العادية ، فمن باب أولى جواز ذلك له

---

(١) التصفح والتعقب: مصطلحان استخدما بكثرة في كتب الفقه للدلالة على ما يقوم به الحاكم العام، أو نائبه، أو قضاة لاحقون من النظر في أقضية قضاة سابقين ومراجعتها، ويترتب على ذلك نقض الحكم أو تأييده، فالتصفح يقصد به عرض قضايا القاضي السابق صفحة صفحة ، ومنه قول الجوهري في الصحاح: «تصفحت الشيء، إذا نظرت في صفحاته»: مادة (ص ف ح) ج١/ص٣٨٣، وأما التعقب فيعني تتبع أقضية القاضي السابق، والبحث عن أخطائه، ورد في تاج العروس «التعقب: التدبر والنظر ثانية... وتعقبه إذا طلب عورته، أو عثرته، وأصل التعقب التتبع...» مادة (ع ق ب) ج٣/ص٤٠٩-٤٢٠.

(٢) القاضي العدل العالم: تعبير استخدمه كثير من الفقهاء، وقصدوا به القاضي الذي اتسم بالعدالة (نقيض الفسق)، وبلغ مرتبة الاجتهاد في الفقه. انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤-٢٥٦؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٣٦-٣٣٩.

(٣) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٥.

(٤) السابق: الصفحة نفسها.

(٥) قتل السارق بدل قطع يده أمر مبالغ فيه؛ لأن عدم استطاعة الدولة تنفيذ العقوبة لا يعني استبدال عقوبة أكبر منها بها.

(٦) السلوك لمعرفة دول الملوك، تأليف أبي العباس أحمد بن علي بن عبد القادر العبيد المقريزي (ت٨٤٥هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، د.ط، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): ج٧/ص٣٠٥.

في الظروف الطارئة؛ وسيرد تفصيليا في مبحث الطاعن بالنقض أنه يملك ذلك دون طعن أحد من الخصوم[١].

ومن ذلك أيضا ما أرشدتنا إليه بعض المصادر التاريخية من أنه قد ينوب في النظر في نقض الأحكام هيئة عليا من علماء المذاهب تتصفح الأحكام، وتنقض ما يستحق النقض، فقد ورد في كتاب مفاكهة الخلان، في ذكر حوادث سنة سبع وتسعمئة أنه «اجتمع الفقهاء من المذاهب على حكم القاضي شمس الدين الخيوطي المالكي[٢] بدار العدل، بحضرة النائب، لكونه استند فيه إلى إبقاء أحفاد يهودية أسلمت على الكفر، اعتمادا على مؤلف ألفه الشهاب التلمساني[٣] وسماه "الحسام في الرد على عالمي الشام"، عنى بدر الدين بن قاضي شهبة[٤]... والحال أنه رد عليه ابن قاضي شهبة المذكور في ورقات سماها "الانتقام"، ثم نقضوا الحكم المذكور»[٥].

ويمكن من خلال هذا النموذج استنتاج وقوع النقض من هيئة تمثل فقهاء المذاهب، ووقوع ذلك بدار العدل يدل أن المجلس أخذ الطابع الرسمي، وأصبحت قراراته نافذة.

ومن هنا فلم تُعرف في القضاء الترجيحي الإسلامي محكمة مخصصة للنقض، كتلك الموجودة في سائر الدول في العصر الحديث. غير أن هذا أمر إجرائي تنظيمي تدعو إليه الحاجة، واستحداثه لا يخالف الشرع، فهو موكول لأولي الأمر في كل زمان ومكان، يبذلون الوسع في تنظيمه، بالبحث

---

(١) انظر: ص١٢٤- ١٢٨ من هذا البحث.

(٢) لعله: شمس الدين محمد بن علي بن محمد بن إبراهيم، القاضي، الشهير بابن الخيوطي (٨٦٢هـ-٩٢٩هـ). فوض إليه نيابة القضاء بدمشق، فلما كانت دولة ابن عثمان توجه إلى بلاد الروم، وحضر على السلطان سليمان خان، وأنعم عليه بجهات أخر، فحصل له ضعف ببلاد الروم، فتوفي بها، أو وهو راجع منها. انظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: ج١/ص٥٩.

(٣) هو: أبو العباس شهاب الدين، أحمد بن سعيد بن عثمان بن محمد بن ابراهيم، التلمساني، قاض من فقهاء المالكية، نشأ وتعلم بتلمسان، ورحل إلى المشرق، فولي قضاء الاسكندرية، ودمشق، قال السخاوي: "قرأ على ابن حجر في صحيح مسلم وغيره، ومات بدمشق ودفن بمقبرة باب الفراديس في الجهة الشرقية"، وذكره ابن طولون في كتابه "قضاة دمشق" وقال: "وفي سنة ٨٤٦ هـ أرسل حافيا إلى الاسكندرية، وسر الناس ببعده (عن دمشق) لما فيه من الحماقة وقلة المعرفة". انظر: معجم أعلام الجزائر، تأليف عادل نويهض، مؤسسة نويهض للتأليف والترجمة والنشر، بيروت، ط٢، (١٤٠٠هـ-١٩٨٠م): ص٦٦.

(٤) هو: أبو الفضل، بدر الدين محمد بن أبي بكر بن أحمد بن محمد الأسدي المعروف بابن قاضي شهبة، (٨٧٤هـ)، عالم بفقه الشافعية، له اشتغال بالتاريخ، من أهل دمشق، مولدا ووفاة، وناب في القضاء بها عام ٨٣٩ إلى أن توفي، وكان في عهده الاخير فقيه الشام بغير مدافع، من كتبه (الدر الثمين) في سيرة نور الدين الشهيد، وشرحان على المنهاج في الفقه: إرشاد المحتاج إلى توجيه المنهاج، بداية المحتاج. انظر: الأعلام للزركلي: ج٦/ص٥٨؛ معجم المؤلفين: ج٩/ص١٠٥.

(٥) مفاكهة الخلان في حوادث الزمان، لشمس الدين محمد بن علي بن خمارويه بن طولون الدمشقي الصالحي الحنفي (ت٩٥٣هـ) تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٨م): ٢٠٧؛ وانظر أيضا: السلوك لمعرفة دول الملوك: ج٥/ص٥٧.

عن الكيفيات المثلى والأساليب الحديثة، بمشورة العلماء والخبراء، من أجل تحقيق العدالة بأسرع السبل وأفضلها؛ لأن البطء في تحقيق العدالة هو نوع من الظلم.

تعقيب:

مع أن القضاء الترجيحي لم يعرف تخصيص جهة معينة بنقض الأحكام، ولم يتحدث أحد من الفقهاء القدماء - بحسب ما اطلع عليه الباحث - في مسألة جواز ذلك إلا أن هذه المسألة قد بحثت في الفقه الإسلامي - بشكل غير مباشر - من خلال بحث الفقهاء لجواز تخصيص القضاء، وهو التخصيص بالمكان، أو التخصيص بالزمان، أو التخصيص بقيمة المدعى به، أو التخصيص بنوع معين من الخصومات.

فمن ذلك قول القرافي في الذخيرة: «إن التصرف إنما يستفاد من الولاية، فإن ولي معينا، أو بلدا معينا كان معزولا عما عداه، لا ينفذ فيه حكمه، وقاله الأئمة، وما علمت فيه خلافا»[(١)]، فكلمة (معينا) الأولى تحتمل النوع أو القيمة، وكلمة (معينا) الثانية هي صفة للمكان.

وهو أمر قررته مجلة الأحكام العدلية، في المادة (١٨٠١) التي تنص على أن: «القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان، أو المكان، واستثناء بعض الخصومات»[(٢)]، وورد في شرح هذه المادة: «لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني؛ لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة فليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى، ويحكم بها، فإذا حكم فلا ينفذ حكمه؛ لأن ذلك القاضي لم يكن قاضيا في تلك المسألة»[(٣)].

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الكريم زيدان: «يجوز لولي الأمر أن يعين قاضيا أو أكثر، يكون له أو لهم وحدهم دون غيرهم حق النظر في الأحكام التي يصدرها القضاة، فينقضونها إن كانت مستحقة للنقض، ويبرمونها إن كانت مستحقة للإبرام»[(٤)]، ويقول: «والدليل على جواز حصر ولاية النظر في الأحكام، وفسخها ونقضها وإبرامها بالقضاة الذين يعينهم ولي الأمر لهذه الأغراض، ومنع غيرهم من القضاة النظر في هذه الأحكام، ولو كانوا هم الذين أصدروها - أقول الدليل على ذلك هو ما ذكرناه في أبحاثنا السابقة من أن القضاء يمكن تخصيصه في الزمان والمكان ونوع الخصومات»[(٥)].

---

(١) الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت٦٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): ج٨/ص١١٠، الفروق: ج٤/ص٤٠.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٧.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٠٠.

(٤) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٦.

(٥) السابق: ص٢٣٨.

إذا صح هذا، فإنه يجوز منع القضاة والمحاكم - غير محكمة النقض - من ممارسة نقض الأحكام، وهو خلاف ما كان سائدا ومعمولا به في القضاء الترجيحي، حسبما قررت النقول السابقة، فالراجح جواز أن تجعل السلطةُ الحاكمة في البلد الإسلامي محكمة مخصصة للنقض، بحيث لا يقبل الطعن بالنقض أمام سواها، ولا يقبل من غيرها نقض أحكام القضاء.

ثانيا: محكمة النقض في بعض النظم القانونية الإسلامية:

مجلة الأحكام العدلية نصت في مادتها رقم (١٨٣٨) على أنه: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف»[١].

وجاء في شرح تلك المادة: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين للقاضي جهة عدم موافقته لأصوله المشروعة، وطلب استئناف الدعوى، أي طلب تدقيق الحكم الذي صدر ابتداء ثانية، فيدقق الحكم استئنافا حسب طلبه، ويحقق استئنافا في الحكم الذي صدر ابتداء، فإذا وجد موافقا لأصوله يصدق»[٢].

فلم تشر المادة ولا شرحها إلى الجهة التي يتوجه إليها مدعي النقض، وإنما ورد الفعل بصيغة البناء للمجهول: «يُصدق - يُستأنف - يُدقق»، كما ورد في شرح نفس المادة قول الشارح: «وإذا عرض حكم قاض على قاض آخر، وجرت المرافعة الشرعية في حضور القاضي الثاني، فدقق القاضي في الحكم، وظهر له أن الحكم الأول موافق للشرع، وصدق الحكم فيسمى هذا التصديق "تنفيذا"»[٣]، فلم يشر إلى ماهية ذلك القاضي الآخر، أو المحكمة التي ينتمي إليها، مما يوحي بأن النقض قد يتم من أي قاض يعرض عليه الطعن بالنقض.

ثم ورد في آخر شرح تلك المادة أنه: «إذا ظهر لدى التحقيق أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة، فيستأنف: أي أنه يبطل الحكم الأول، ويفصل في القضية حسب أصولها المشروعة»[٤].

ويلاحظ أن الاستئناف هنا لا يقصد به ما هو شائع في القانون المعاصر؛ إنما هو استخدام لغوي يعني إعادة نظر القضية من أولها لأن الحكم قد أبطل.

ثم قال الشارح في نفس الفقرة الأخيرة من شرح مادة النقض: «وقد وضع في زماننا أصول

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٤) السابق: : ج٤/ص٦٩٠.

لكيفية استئناف الأحكام الشرعية، وستذكر في شرح المادة الآتية»[١]، أي إنه أحال إلى شرح المادة (١٨٣٩)، وهي المادة المتعلقة بالتمييز، وستتعرض لها هذه الدراسة في الفصل الرابع، وسيتبين مدى مشابهة التمييز العثماني للاستئناف في القانون المعاصر.

ومهما يكن من أمر فإن أصول الاستئناف المشار إليها تتضمن تحديد المحكمة التي تنظر في الموضوع بعد نقضه، ولا تشير إلى المحكمة التي تنظر الطعن بالنقض، ولأن النقض قد يتم من أي قاض، كما قد يتم من هيئتي التمييز – دائرة الفتوى ومجلس التدقيقات الشرعية – فناسب أن يؤجل بحث المحكمة التي تتصدى للموضوع بعد نقضه، ويأتي بعد مادة التمييز، وهي المادة (١٨٣٩)؛ وذلك لأن الشارح قال في نفس تلك الفقرة: «وبعد نقض الحكم من دائرة الفتوى العالية، أو من مجلس التدقيقات الشرعية لا يحكم في القضية من دائرة الفتوى المذكورة أو من المجلس المذكور؛ حيث لم يكونا حائزين صلاحية القضاء في ذلك، بل ترسل القضية إلى المحكمة الأولى، أو تحال لمحكمة أخرى؛ ليحكم فيها ثانيا، على أن تراعي المحكمة الأسباب التي أوجبت نقض الحكم»[٢].

فإحالة القضية بعد نقضها إلى المحكمة الأولى، أو إلى غيرها هو ما سيبحث في شرح مادة التمييز، ومع ذلك لم ترد أي إشارة إلى جهة مختصة بالنقض، لكن ورد ما يفيد أنه يمكن نقض الحكم من:

- أي قاض يطعن لديه المحكوم عليه
- هيئتا التمييز (أي دائرة الفتوى، ومجلس التدقيقات الشرعية).

أما النظام السعودي فقد نص صراحة على جعل النظر في الاعتراض بالنقض مقصورا على محكمة خاصة، وهي المحكمة العليا؛ حيث نص نظام المرافعات الجديد على أن المحكمة العليا هي المختصة في نظر الاعتراض بطريق النقض[٣]، وعليه فلا يجوز لأي قاض أن ينقض حكم أي قاض آخر، ولو كان الحكم مستحقًا للنقض، بل يتعين على المحكوم عليه التوجه إلى المحكمة العليا.

والنظام السعودي السابق يجعل صلاحيات النقض والاستئناف معا لمحكمة التمييز، إلى أن حدث التعديل، وحل محل محكمة التمييز محكمتان: المحكمة العليا وهي تنظر الاعتراض بالنقض، ومحكمة الاستئناف وهي تنظر الاعتراض بطريق الاستئناف[٤].

وكذلك نص قانون المرافعات والتنفيذ اليمني على اختصاص المحكمة العليا بالنظر في الطعون التي

---

(١) السابق: الصفحة نفسها.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) انظر: م١٨٥/٢ مرافعات سعودي جديد.

(٤) راجع: نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

تسلك سبيل الطعن بالنقض(١).

ثالثا: محكمة النقض في قانون المرافعات المصري:

حدد القانون المصري جهة وحيدة تتولى النظر في الطعن بنقض الأحكام القضائية، وهي محكمة النقض، وكانت محكمة واحدة في مصر منذ أنشئت عام ١٩٣١م، ولكن أمام التزايد المتواصل في أعداد القضايا التي تنظرها، اضطرت إلى الأخذ بنظام تعدد الدوائر المختصة بنظر الطعن بالنقض، وهو نظام موجود عالميا، ويهدف إلى سرعة الفصل في الطعون(٢).

ولذلك نص قانون السلطة القضائية المصري على أنه: «تؤلف محكمة النقض من رئيس، وعدد كاف من نواب الرئيس، والمستشارين، وتكون بها دوائر لنظر المواد الجنائية، ودوائر لنظر المواد المدنية والتجارية، والأحوال الشخصية، والمواد الأخرى، ويرأس كل دائرة فيها رئيس المحكمة، أو أحد نوابه، ويجوز عند الاقتضاء أن يرأس الدائرة أقدم المستشارين بها...»(٣).

ولكن إذا كانت الغاية من توحيد جهة النقض هي تحاشي الاختلاف، وإذا كان لأجل تلك الغاية تم إنشاء محكمة النقض، فكيف يكون تحقيق هذه الغاية في ظل تعدد دوائر النقض، واحتمال اختلاف أحكامها بعضها عن بعض في القضايا المتشابهة؟

هذا التساؤل تجيب عنه المادة الرابعة التي تلزم الدائرة التي ترى العدول عما أرسته أحكام النقض السابقة بإحالة ذلك إلى هيئة أو إلى هيئتين - بحسب التفاصيل الواردة في ذلك - مُشَكَّلةٍ كل منهما من أحد عشر مستشارا، للنظر في جواز هذا العدول(٤).

تعقيب:

هذه المادة تقابل المادة الرابعة عشر من نظام القضاء السعودي التي تنص على أنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا - في شأن قضية تنظرها - العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به، أو أخذت به دائرة أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة، أو رأت إحدى دوائر محكمة الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة، فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالته إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه»(٥).

---

(١) انظر: م٢٩١ مرافعات يمني.

(٢) انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٢١٥-٢١٦؛ أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: بند٦٨٤ ص١١٥٠.

(٣) م٣ قانون السلطة القضائية المصري رقم٤٣ لسنة١٩٦٥ المعدل بالقانون رقم٤٦ لسنة١٩٧٢، الباب الأول.

(٤) انظر: السابق: م٤.

(٥) م١٤ نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

كما نظم القضاء اليمني تنظيما شبيها لذلك، فورد في قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني أنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا أثناء نظر إحدى القضايا أن المسألة الشرعية والقانونية الواجب البت فيها سبق صدور أحكام مختلفة بشأنها، أو رأت العدول عن اجتهاد قضائي سبق صدوره من المحكمة العليا، فعليها رفع القضية إلى رئيس المحكمة العليا لعرضها على الجمعية العمومية للمحكمة العليا مجتمعة، بما لا يقل عن ثلثي أعضائها، ويصدر حكمها بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وعند التساوي يرجح الجانب الذي منه الرئيس...»(١).

وكذلك نص قانون أصول المرافعات المدنية الأردني على أنه: «إذا رأت احدى هيئات محكمة التمييز أن تخالف مبدأ مقررا في حكم سابق تحيل الدعوى إلى الهيئة العامة»(٢).

ولا تزال التشريعات القانونية العالمية تبحث وتطور الآليات والتدابير التي تحل هذه المعضلة، وهي ضمان سرعة البت في قضايا النقض من خلال الدوائر المتعددة، مع ضمان عدم اختلاف أحكام هذه الدوائر.

والشريعة الإسلامية ليست بمعزل عن هذه المشكلة الإنسانية، وسوف تتعرض الدراسة للخلاف بين فقهاء الشريعة حول الأصول القطعية التي تكون مخالفتها سببا لنقض الأحكام، ويتبين كيف أنها بالرغم من كونها أصولا قطعية، الأصل فيها أن تكون مسائل إجماعية إلا أن العلماء قد اختلفوا في تحديد كل منها؛ وذلك لأن الحدود الفاصلة بين كلٍ من القسمين ليست مسارا خطيا واضحا يتفق عليه الجميع، وإنما هي حدود تذهب فيها العقول كل مذهب، ورغم قطعيتها هناك خلاف على بعض منها. صحيح أن هناك مسائل ظنية لا يُختلف على ظنيتها، وهناك مسائل قطعية لا يُختلف حول قطعيتها، بيد أن هناك عند الحدود الفاصلة مسائل ليست كل العقول تتفق في توصيفها.

---

(١) م٣٠٢ مرافعات يمني.

(٢) م٢٠٥ مرافعات أردني.

المطلب الثاني
اختصاص محكمة النقض

أولا: اختصاص محكمة النقض في الفقه الإسلامي:

لم يعثر الباحث - في مصادر الفقه الإسلامي القديمة - على ما يفيد أن القاضي الذي ينظر الطعن بالنقض يكتفي فقط بالنقض والإبرام، أو أنه يمكن أن يتصدى أيضا للحكم في الموضوع بعد نقضه، ولكن الأغلب أنه كان يحكم فيما نقضه من أقضية؛ لأن الإحالة إلى القاضي الأول يصعب أن تحدث إلا في حالة وجود نظام قانوني ينظمها، وإلا صار الحكم المنقوض عرضة لرفض القاضي الأول، لاسيما أن النقض لم يكن يتم من قاض أعلى مختص كما ترجح في المطلب السابق.

فإذا كان النقض في القضاء الترجيحي سببه مخالفة دليل شرعي قطعي، فإن تحديد ما هو القطعي تحديدا دقيقا إنما يخضع لمذهب القاضي وترجيحه - حسبما سيتبين في المبحث الثالث من هذا الفصل - وبالتالي فقد يكون في إعادة القضية إليه استلزام الدور، لهذا كان من الطبيعي ألا تُرد القضية إلى القاضي الأول، وألا يتوقف عمل قاضي النقض عند مجرد النقض أو التأييد للحكم الأول، بل لابد في حالة النقض أن يحكم في موضوع القضية، ليأتي بالحكم الصحيح بدلا من ذلك المنقوض، حتى لو كان النقض بغير طاعن؛ إذ إنه حينئذ يستدعي الخصوم ويأمرهم باستئناف الخصام[1].

وهناك رأي في الفقه الإسلامي المعاصر عن الدكتور عبد الكريم زيدان أنه إذا نُقض الحكم «يجب على الجهة الناقضة أن تصدر الحكم الصحيح في الدعوى»[2]، ولم يذكر دليلا على ذلك الوجوب.

وقد كرر الدكتور زيدان هذا الأمر مرة أخرى في خطته المقترحة لولي الأمر في ترتيب المحاكم وتقسيم القضاة، واصفا قضاة النقض بأنهم: «قضاة ينظرون في بعض أحكام قضاة الدرجة الأولى، وفي جميع أو معظم أحكام قضاة الدرجة الثانية، فما رأوه موافقا للشرع أبرموه، وما كان مخالفا للشرع نقضوه، وفي حالة النقض، يصدرون الأحكام المناسبة بدل الأحكام المنقوضة، إلا إذا رأوا إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتنظر فيها...»[3] فجعل لهم - بحسب الأصل - حق التصدي لموضوع القضية بعد نقض الحكم الأول، واستثنى منه حالة قرار المحكمة إعادة القضية إلى الجهة التي

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٥.

(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٦.

(٣) السابق: ص٢٣٨.

أصدرت الحكم المنقوض دون تفصيل لتلك الحالة.

ويبدو أن هذا المسألة ترجع لما يراه أولو الأمر أرفق بالرعية وأقرب لتحقيق مصلحتهم، وتحقيق العدالة، وأنه ليس فيها نص على الوجوب أو التحريم، فالدكتور زيدان قد أقر بجواز تخصيص القضاء، وفقا لما يراه ولي الأمر، فقد قال: «والدليل على جواز حصر ولاية النظر في الأحكام، وفسخها، ونقضها، وإبرامها بالقضاة الذين يعينهم ولي الأمر لهذه الأغراض، ومنع غيرهم من القضاة النظر في هذه الأحكام، ولو كانوا هم الذين أصدروها - أقول الدليل على ذلك هو ما ذكرناه في أبحاثنا السابقة من أن القضاء يمكن تخصيصه في الزمان والمكان ونوع الخصومات»[١]، فنفس هذا الدليل يمكن أن يحتج به لصالح كلا الرأيين كما يأتي:

- أن لولي الأمر أن يخصص قضاة النقض بعمل معين، وهو تأييد أو نقض الأحكام فقط، دون أن يكون لهم ولاية الحكم في موضوع القضية بعد نقضها، وهنا لا يجوز لهم النظر في ذلك.
- أن لولي الأمر أن يوجب على قضاة النقض الحكم في موضوع القضية بعد نقضها.

فإذا كانت المسألة مسألة تنظيمية بيد الحاكم وسلطته التشريعية، فإن الرأي الراجح المقترح هو عدم شغل قضاة النقض بالنظر في ما هو مستطاع لسائر القضاة عما هو منتظر منهم وحدهم، طالما أن المسألة تتعلق بالأساليب المثلى، وليست طريقة شرعية لا يجوز الحيدة عنها.

ملاحظة حول مصطلح التأييد أو الإبرام

وردت ألفاظ مختلفة في مصادر الفقه الإسلامي بشأن حكم محكمة النقض عند ثبوت صحة الحكم الأول وعدم نقضه، فالدكتور عبد الكريم زيدان يسميه إبراما[٢]، وأسمته مجلة الأحكام العدلية تصديقا[٣]، وأسماه نظام المرافعات السعودي تأييدا[٤]، وأسماه الشيخ علي حيدر شارح المجلة تنفيذا[٥].

والتنفيذ هو نفس اللفظ الذي ورد في كتاب تبصرة الحكام، حيث عقد فيه مؤلفه فصلا عن معنى التنفيذ وأقسامه، وقال إن منها تنفيذ القاضي لحكم قاض غيره، أي بمعنى التأييد[٦].

ولكن تسمية تأييد الحكم الأول تنفيذا قد تسبب لبسا بينه وبين نفاذ الحكم، أي بمعنى إجرائه في الواقع، وسوف تتعرض الدراسة لتلك الإشكالية في مبحث آثار النقض؛ فهي أجدر أن تدرس هناك.

---

(١) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٨.

(٢) انظر: السابق: ص٢٣٣ وما بعدها.

(٣) جاء في المادة: «يحقق الحكم المذكور فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف» مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤.

(٤) انظر: م١٩٨ مرافعات سعودي جديد.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٦) انظر: تبصرة الحكام: ج١/ص١٣٢-١٣٣.

ثانيا: اختصاص محكمة النقض في بعض النظم الإسلامية:

غاية النظم القانونية الإسلامية من استحداث محكمة النقض هي النظر في أحكام القضاة السابقين من حيث مخالفتها أو عدم مخالفتها لما يأتي:

١- أحكام الشريعة القطعية، أي الثابتة بدليل مجمع عليه حسبما تتبناه السلطة التشريعية

٢- أحكام الشريعة الظنية التي سنها الحاكم ورفع فيها الخلاف.

فالقضاء القانوني الإسلامي يولي أهمية كبرى لمسنونات الحكام في الخلافيات، ويجعل مخالفتها - كما سنعرض له تفصيلا في مبحث أسباب النقض - سببا لنقض الأحكام، كما يولي نفس الأهمية لقطعيات الشريعة، وإن كان يجعل تحديدها الدقيق يكون بحسب القانون وما يسنه الحاكم من اختيارات أصولية.

وهذان العنصران من المفترض أن يحدّدا اختصاص محكمة النقض؛ لأن معنى النظر في أحكام القضاة من حيث مخالفتها أو عدم مخالفتها لأحكام الشرع القطعية أو الظنية التي سنتها السلطة العامة - أقول معنى ذلك أن يقتصر نظر قضاة النقض على ذلك، بمعنى أنه ليس من المفترض فيها أن تحكم في موضوع النزاع الأصلي ووقائعه، بل يكفي أن تقرر فقط ما إذا كان موافقا للشرع أم مخالفا له، فتحكم بتأييده، أو بنقضه بناء على ذلك، وفي حالة نقضه يمكن رده إلى المحكمة الأولى لتعيد الفصل فيه، ولا يتوقع أن المحكمة الأولى تختلف - غالبا - مع محكمة النقض حول نقض الحكم؛ لأنها أولا ليست مخولة قانونا بالنظر في الطعن بالنقض، ثانيا لأن النقض يتم بناء على قانون عام وليس على أمور تختلف فيها المذاهب.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد تبين سابقا أنها لم تنص على جهة معينة تختص بالنظر في الطعن بطريق النقض، ولكن الشيخ علي حيدر شارح المجلة قد أشار صراحة إلى وجود تعليمات بشأن استئناف الأحكام القضائية بعد نقضها، حيث قال: «وقد وضع في زماننا أصول لكيفية استئناف الأحكام الشرعية»، وقد أحال في ذلك إلى شرح المادة الخاصة بالتمييز، حيث ذكر فيها «أصول الاستئناف والتمييز: بموجب التعليمات السنية الصادرة في ٢٢ المحرم سنة ١٣٠٠هـ في حق تميز واستئناف الأحكام الشرعية»[١].

وقد اشتملت هذه التعليمات على تفاصيل تتعلق بالمحكمة التي تنظر موضوع الحكم بعد نقضه، سواء في الطعن بالنقض أو التمييز، فمما جاء فيها أن الدعاوى التي قيمتها خمسة آلاف قرش، أو أقل من ذلك ترى في المحكمة الأولى التي حكمت في الدعوى، والدعاوى التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف قرش، وكذا الدعاوى التي لها أهمية كدعاوى النكاح والطلاق إذا رئيت بداية في محكمة معينة

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٢.

فينبغي أن ترى استئنافا في محكمة أخرى، بحسب تفاصيل محددة في تلك التعليمات[١]، وهي أجدر أن تعرض في الفصل الرابع.

وما يمكن استنتاجه هاهنا هو أنه طبقا لتلك التعليمات لم يكن يجوز لمن نقض الحكم أن ينظر في الموضوع بعد نقضه.

كما أن مجلة الأحكام العدلية حين أسندت الصلاحية النقضية إلى دائرة الفتوى العالية ومجلس التدقيقات الشرعية - في إطار نظرهما بالتمييز - لم تعطهما صلاحية إصدار أحكام بدلا من المنقوضة؛ بل وصِفت هاتان الجهتان في شرح المجلة، بأنهما لا يملكان سلطة القضاء في الموضوع، حيث قال الشارح: «وبعد نقض الحكم من دائرة الفتوى العالية، أو من مجلس التدقيقات الشرعية لا يحكم في القضية من دائرة الفتوى المذكورة، أو من المجلس المذكور؛ حيث لم يكونا حائزين صلاحية القضاء في ذلك؛ بل ترسل القضية إلى المحكمة الأولى، أو تحال لمحكمة أخرى ليحكم فيها ثانيا، على أن تراعي المحكمة الأسباب التي أوجبت نقض الحكم»[٢]، بمعنى أنهما يقتصر نظرهما على موافقة الحكم للأصول المشروعة أو مخالفته لها فقط، ولا يتجاوز ذلك إلى الحكم في موضوع القضية.

ومما يجدر ذكره أن الناظر في الطعن بالنقض - طبقا لمجلة الأحكام العدلية - لا يكون مقيدا بالنظر في الأسباب التي ذكرها الطاعن، بل يمكنه نقض الحكم لأسباب أخرى لم يذكرها، فقد ورد في شرح المجلة: «وإذا ظهر لدى التحقيق أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة فيستأنف، أي إنه يبطل الحكم الأول، ويفصل في القضية حسب أصولها المشروعة، سواء كانت عدم الموافقة لأسباب ذكرها المحكوم عليه، أو كانت الأسباب التي بينها المحكوم عليه غير واردة، وتحقق أنه غير موافق للأصول من جهة أسباب أخرى لم يبينها المحكوم عليه، فيبطل الحكم الأول»[٣] وقال الشيخ علي حيدر شارح المجلة في تبرير ذلك: «لأن الحكم الغير الموافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة وظلم، وإزالة الظلم واجبة، وتقريره وتثبيته حرام»[٤].

وأما نظام المرافعات السعودي فقد نص على أن الأصل في محكمة النقض أن تقتصر على الرقابة الشرعية (القانونية) على الحكم الطعين، حيث جاء فيه: «إذا قبلت المحكمة العليا الاعتراض شكلا، فتفصل في موضوع الاعتراض استنادا إلى ما في الملف من الأوراق، دون أن تتناول وقائع القضية. فإن لم تقتنع بالأسباب التي بني عليها الاعتراض أيدت الحكم، وإلا نقضت الحكم كله أو

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٢.

(٢) انظر: السابق: ج٤/ص٦٩٠.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

(٤) السابق: الصفحة نفسها.

بعضه - بحسب الحال - مع ذكر المستند، وتعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتحكم فيها من جديد...»[(١)].

إذن فالأصل أن محكمة النقض تبحث في موافقة الحكم أو مخالفته للقانون، وتصدر قرارها بتأييده أو نقضه، ولا تتناول وقائع القضية، إلا أن هذه المادة قد ذكرت استثناء من ذلك الأصل؛ إذ نصت على ما يأتي: «فإن كان النقض للمرة الثانية - وكان الموضوع بحالته صالحا للحكم - وجب عليها أن تحكم في الموضوع ويكون حكمها نهائيا»[(٢)].

وتبدو منطقية هذا الاستثناء من أن بعض الأحكام تكون معقدة بدرجة تجعلها عرضة لاختلاط فهمها على كثير من القضاة، لاسيما قليلي الخبرة منهم، فتكون أحكامهم عرضة للنقض مرة بعد مرة، كما أن الغاية من إعادة القضية إلى محكمة الموضوع هي تفرغ قضاة النقض ذوي الخبرة العريضة للنظر في نقض الأحكام، وعدم شغلهم بما هو دون ذلك مما قد يتسبب في تراكم القضايا التي تنظر أمامهم، ولا يستطيع غيرهم التصدي لها بحقها، ومن هنا كانت إعادة القضية إلى ساحة النقض مرة أخرى مبررا كافيا لأن ينظروا فيها؛ لأن في عودتها مرة بعد مرة تكون العلة المتمثلة في تكريس وقت القضاة وجهدهم للنقض أو الإبرام فقط قد انتفت، والعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني قد ذهب إلى ما يشبه ذلك، فجعل المحكمة العليا إذا نقضت الحكم - لسبب غير مخالفة قواعد الاختصاص - تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه؛ لتحكم فيه من جديد، مع استثناء، وهو: «إلا إذا كان الطعن للمرة الثانية فيتعين على المحكمة العليا أن تفصل في الموضوع...»[(٣)]، فوضع شرطا واحدا لتصدي المحكمة العليا للفصل في الموضوع، وهو كون النقض للمرة الثانية.

وقانون الإجراءات المدنية السوداني قد وسع من صلاحيات المحكمة العليا في هذا الصدد، فجعل من حقها إذا قبلت الطعن بالنقض أن تقضي بأحد ما يأتي:

«أ- بنقض الحكم المطعون فيه

ب- بتعديل الحكم المطعون فيه

ج- بإصدار حكم جديد

---

(١) م١٩٨ مرافعات سعودي جديد.

(٢) السابق: المادة نفسها.

(٣) م٣٠٠ مرافعات يمني.

د- بإعادة القضية للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو لمحكمة الموضوع للفصل فيه من جديد»[١].

ثالثا: اختصاص محكمة النقض في قانون المرافعات المصري:

في القانون المصري أيضا اقتصر عمل قضاة النقض على تأييد الأحكام الصحيحة ونقض الأحكام الباطلة، بمعنى أن الأصل في محكمة النقض أنها محكمة قانون لا محكمة موضوع، هذا هو الأصل، وأما الاستثناء فهو حالة النقض الثاني لذات الحكم. وفي ذلك يقول بعض فقهاء القانون[٢]: «ولا يخرج الحكم في الطعن عن إحدى الصور الآتية:

١- عدم قبول الطعن أو رفضه أو عدم جواز نظره....

٢- قبول الطعن ونقض الحكم...».

وقد ورد الاستثناء في نص المادة ٢٦٩: «ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه، وكان الموضوع صالحا للفصل فيه، أو كان الطعن للمرة الثانية، ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم فى الموضوع»[٣].

تعقيب:

من الملاحظ هنا في عبارة «وكان الموضوع صالحا للفصل فيه، أو كان الطعن للمرة الثانية» أن العطف جاء بحرف العطف (أو) أي إن هناك حالتين من الاستثناء، الحالة الأولى هي صلاحية الموضوع للفصل فيه من قِبل محكمة النقض، والحالة الثانية هي حالة كون الطعن يرد للمرة الثانية، ففي أي هاتين الحالتين تتولى المحكمة - وجوبا - الفصل في الموضوع.

وعبارة النظام السعودي: «فإن كان النقض للمرة الثانية - وكان الموضوع بحالته صالحا للحكم - وجب عليها أن تحكم في الموضوع»[٤] جاء العطف فيها بحرف الواو، وهو يعني أنها حالة واحدة بشرطين معا، الأول: أن يرد النقض للمرة الثانية، والثاني: صلاحية الموضوع للحكم، فعند حدوث هذه الحالة، وتوافر الشرطين - معا - يجب على المحكمة أن تحكم في الموضوع.

إذن، الأصل في محكمة النقض في قانون المرافعات المصري هو أنها محكمة رقابة قانونية على الحكم الصادر من محكمة الموضوع، وبناء على ذلك فهي ليست محكمة موضوع في الأصل، وإنما تحكم في الموضوع استثنائيا، وبالشروط الوارد ذكرها آنفا، أما في غير ذلك فليس اختصاصها النظر في

(١) م٢١٣ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: بند ٧٥٥، ص١٢٤١-١٢٤٢؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٦٠-٧٦٢.

(٣) تم تعديل هذه المادة في قانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية و التجارية، فصارت «وجب عليها أيًّا كان سبب النقض أن تحكم فى الموضوع» أي بزيادة «أيا كان سبب النقض» وهي لمحض التأكيد.

(٤) م١٩٨ مرافعات سعودي جديد.

الموضوع، ومن مرتبات ذلك أنه لا يجوز لها أن تنظر في أي سبب أو مستند جديد لم يطرح على محكمة الموضوع؛ إذ يعد نظرها في ذلك خارج اختصاصها.

وقد حكمت محكمة النقض المصرية برفض سبب بني على دفع لم يطرح أمام محكمة الموضوع، وقالت المحكمة: «المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز التحدي أمام محكمة النقض بدفاع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع، لما كان ذلك، وكانت الأوراق قد خلت من سبق تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بعدم إعلانها بطلبات المطعون ضدها الموضوعية إلا بمناسبة إقامة الدعوى الماثلة، فإن نعيها يكون غير مقبول»(١).

---

(١) طعن مدني رقم١٠٨٠ لسنة٧٤ق - جلسة ٢٠٠٥/٦/٥م.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق:

لم يثبت أي اتفاق بين الفقه الإسلامي، والنظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على أي من مسائل هذا المبحث.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

الاختلاف الأول: تخصيص محكمة للنقض:

١- الفقه الإسلامي:

هناك اتفاق بين جميع الفقهاء في القضاء الترجيحي على أنه يجوز أن يُنقض الحكم القضائي لدى جهات متعددة، وهي:

- أي قاض آخر غير الذي أصدر الحكم الطعين
- القاضي نفسه الذي أصدر الحكم الطعين
- قاض ثالث له حق نقض النقض
- الحاكم العام، أو من ينوب عنه، أو قاضي المظالم.

أما الفقه المعاصر فلم يعلم فيه أي خلاف - بحسب اطلاع الباحث - حول تخصيص قضاة معينين لنظر الطعن بالنقض، وفي ذلك مواكبة من الفقه الإسلامي لظهور التقنين ونظم المحاكم، وهو بني على رأي سابق في الفقه الإسلامي بجواز تخصيص القضاء، فالفقه المعاصر وردت فيه آراء بتخصيص محاكم بنقض الأحكام وإبرامها.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

ما تناولته الدراسة من نظم قضاء إسلامية اختلف في تحديد من له الحق في نظر الطعن بنقض الحكم القضائي، على النحو الآتي:

- مجلة الأحكام العدلية خلت من أي إشارة إلى جهة مختصة بنظر الاعتراض بالنقض، وجاء شرحها يؤكد أن أي قاض يملك نقض حكم قاض آخر إذا كان فيه ما يستوجب النقض، كذلك يحق لهيئتي التمييز نقض الحكم إذا رأته أهلا لذلك.
- باقي النظم القضائية الإسلامية الحديثة - محل الدراسة - تجمع على تخصيص محكمة لنقض الأحكام، فمحكمة التمييز في نظام المرافعات السعودي القديم، والمحكمة العليا في النظام السعودي الجديد هي الجهة المنوط بها النظر في الاعتراض بطريق النقض،

وذلك برغم أن المملكة ما تزال تتبع القضاء الترجيحي في معظم الأحكام الموضوعية، لكن نظام القضاء والمرافعات وغيرها من الأنظمة تتخذ طابعا تقنينيا ملزما.

- وكذلك قانون الإجراءات السوداني، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني قد خصصا المحكمة العليا بالنظر في الطعن بالنقض.

٣- قانون المرافعات المصري:

القانون المصري جعل محكمة النقض تختص بنظر الطعن بطريق النقض.

الراجح:

يترجح التخصيص؛ لأن دليله قد أقره الفقهاء الأولون، لكنهم لم يعملوا به لعدم وجود الحاجة إليه آنذاك، أما الآن فكم القضايا، وكثرة المشكلات، والخلافات أمر يستلزم التخصيص، ويؤكد الشعور بأن عدم التخصيص في ظل المتغيرات الحديثة قد يمثل نوعا من الفوضى القضائية.

الاختلاف الثاني: حالات تصدي محكمة النقض للفصل في الموضوع:

١- الفقه الإسلامي:

يجوز في الفقه الإسلامي – بحسب اطلاع الباحث – أن يحكم القاضي في النقض، ويتصدى لموضوع القضية بعد نقضه، فيحكم فيه أيضا، فحكم القاضي في الموضوع يتم أصالة دون استثناء؛ بناء على ما تقرر من عدم تخصيص قضاة بالنقض.

أما الفقه المعاصر، فوجد فيه رأي أنه إذا نُقض الحكم، فالأصل أنه يجب على الجهة الناقضة أن تصدر الحكم الصحيح في الدعوى، ولم يعثر الباحث على غير هذا الرأي في الفقه المعاصر.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

اختلفت النظم القانونية الإسلامية في جواز نظر محكمة النقض في موضوع القضية بعد نقضه إلى ما يأتي:

- نصت التعليمات السنية الواردة في شرح مجلة الأحكام العدلية على إحالة الموضوع بعد نقض الحكم فيه إلى المحكمة الأولى التي أصدرت الحكم المنقوض، أو إلى محكمة أخرى غير التي نظرت الموضوع أول مرة، وذلك بحسب تفاصيل حددتها، وبالتالي فإن الجهة الناقضة لا يحق لها أن تنظر في الموضوع.
- أما نظام المرافعات السعودي فأوجب على المحكمة العليا التصدي للموضوع بشرطين مجتمعين:
    - إن يكون النقض للمرة الثانية
    - وإن يكون الموضوع صالحا للحكم.
- وأما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فأوجب تصدي المحكمة العليا للفصل في الموضوع

في حالة واحدة، وهي إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية.

- وأما قانون الإجراءات المدنية السوداني فقد وسع من صلاحيات المحكمة العليا في هذا الصدد، فأطلق لها إعمال سلطتها التقديرية في أمر التصدي أو الإحالة، أي أجاز لها أن تحكم في الموضوع بعد نقضه، كما أجاز لها أن تحيله إلى محكمة أول درجة.

٣- قانون المرافعات المصري:

يوجب قانون المرافعات المصري على محكمة النقض التصدي للفصل في الموضوع استثنائيا بعد قبول الطعن ونقض الحكم عند توافر أحد أمرين:

- أن يكون الموضوع صالحا للفصل فيه
- أو أن يكون الطعن للمرة الثانية.

الراجح:

يبدو أن الأنسب هو جعل الفصل في الموضوع يتوقف جوازه أو وجوبه على حسب الآتي:

الحالة الأولى: أن يتوافر الشرطان معا، وهما صلاحية الموضوع للفصل فيه من محكمة النقض، وكون النقض للمرة الثانية، فهنا يتعين على المحكمة - وجوبا - أن تنظر في الموضوع؛ لأن وروده عليها مرتين يدل على أن القضية عسيرة على القضاة الذين لا يتمتعون بما يتمتع به قضاة النقض من دراية وخبرة، فمهما كان قضاة النقض مشغولين فالفصل في الموضوع في هذه الحالة له أولوية كبيرة؛ إذ من المحتمل إن أعادوه لمحكمة الدرجة الأولى لتفصل فيه أن يعاد نقضه للمرة الثالثة، فهذا - في حقيقته - توفير لوقت قضاة النقض.

الحالة الثانية: حالة توافر شرط واحد وهو صلاحية الموضوع للفصل (واختلال شرط كون النقض للمرة الثانية)، ففي هذه الحالة يكون الفصل في الموضوع حقا جوازيا، فذلك أقرب لتحقيق المقصود، وهو السرعة في الإنجاز مع الدقة في الأداء؛ لأن حالة صلاحية الموضوع قد تكثر، وتعطل قضاة النقض، وتسبب تراكم القضايا الأخرى أمامهم، وهم أكثر خبرة، ففي هذه الحالة ينظر القضاة - جوازيا - إلى الأرفق والأولى، كما يأتي:

- إما أن يقرروا الفصل في الموضوع الحاضر بين أيديهم، والصالح للفصل فيه دون أن يبعثوا بالخصوم والقضية إلى قاض جديد يحتاج إلى أن يدرس ويمحص، مما يعد أرفق بالرعية، وفيه ادخار لوقت العدالة وجهدها؛ لكون الوقت الذي سوف يستغرق في دراسة القاضي المحال إليه - فضلا عن جهد الخصوم ووقتهم - يعد أطول بكثير من وقت قضاة النقض الذين يكونون بالفعل قد قطعوا شوطا كبيرا خلال بحثهم للطعن في ذات الموضوع.
- وإما أن يكونوا هم - من حيث درايتهم بواقعهم - في انشغال بعدد كبير من القضايا

المؤجلة، والتي هي أولى بالنظر، فهنا يجوز لهم أن يبعثوا بالقضية إلى المحكمة المختصة.

أما احتمال توافر شرط النقض للمرة الثانية مع عدم صلاحية الموضوع للفصل فيه من قضاة النقض، فالواقع أن عدم صلاحيته تحول دون احتمال أن يجوز أو يجب أن تفصل محكمة النقض فيه.

المقترح:

يقترح أن تعدل قوانين المرافعات الإسلامية، وقانون المرافعات المصري لتكون كالآتي:

«إذا حكمت المحكمة العليا (محكمة النقض) بنقض الحكم المطعون فيه، وكان الموضوع صالحا للفصل فيه جاز لها أن تحكم في الموضوع، أما إذا كان الطعن للمرة الثانية – مع صلاحية الموضوع للفصل فيه – وجب عليها أن تحكم فى الموضوع».

المبحث الثالث

أسباب النقض

ويشتمل على أربعة مطالب كالآتي:

- المطلب الأول: أسباب النقض في الفقه الإسلامي
- المطلب الثاني: أسباب النقض في بعض النظم القانونية الإسلامية
- المطلب الثالث: أسباب النقض في قانون المرافعات المصري
- المطلب الرابع: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

أسباب النقض في الفقه الإسلامي

الخلل في الحكم القضائي في الفقه الإسلامي قد يكون في أدلته الشرعية، وقد يكون في أدلته الواقعية، وقد يكون في أمور أخرى غير الأدلة الشرعية أو الواقعية، وبيان ذلك كالآتي:

الفرع الأول: أسباب نقض الحكم من جهة أدلته الشرعية

الداعي إلى الطعن بنقض الحكم القضائي من جهة أدلته الشرعية في الفقه الإسلامي هو أن يكون الحكم الطعين مخالفا للشرع الإسلامي الواضح، والمقصود بقيد الواضح: أي الذي ليس فهما لبعض العلماء، أو رؤية تحتمل الخلاف بينهم؛ إذ الحكم المحتمِل لوجهات نظر عديدة، أو لخلافٍ بينهم لا يجوز عند أكثر الفقهاء نقضه على نحو ما سيتبين.

وقد عبر بعض الفقهاء عن الشرع الواضح بعبارة: (المجمع عليه) في مقابل (المختلف فيه)، وبعض آخر عبر بكلمة (القطعي) في مقابل (الظني)، وبعض ثالث عبر بـ(القطعي أو الظني المحكم) في مقابل (الظني غير المحكم)، وكان بينهم اتفاق على أمور، وخلاف حول أمور أخرى كما سيتبين فيما يأتي:

أولا: نقض الحكم القضائي الذي يخالف القرآن:

اتفق الفقهاء على وجوب نقض الحكم القضائي المخالف لنص قرآني[١]، وقد فصّل بعضهم في ذلك بأن زادوا قيودا أُخَر، كزيادة قيد (المفسّر)[٢]، كما في بدائع الصنائع: «فإن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب، أو الخبر المتواتر، أو الإجماع، فإن وافق قضاؤه ذلك نفذ... وإن خالف شيئا من ذلك يرده؛ لأنه وقع باطلا قطعا»[٣]، ويلحق بهذا ما ذُكر في التبصرة وغيره[٤]، حيث وصف النص بـ (الجلي) كشرط لجعل مخالفته تسبب نقض الحكم القضائي.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: ج١٦ ص٨٣-٨٥؛ فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣٠٠-٣٠٤؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩؛ الأم للشافعي: ج٧/ص٩٨-٩٩؛ أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣-٣٠٤؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٢٢-٢٢٥؛ كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦؛ المحلى، لأبي محمد علي بن سعيد بن حزم (ت٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت: ج٨/ص٤٢٩.

(٢) يُعرَّف المفسرُ بأنه «اسم للمكشوف الذي يعرف المراد به مكشوفا على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل، فيكون فوق الظاهر والنص؛ لأن احتمال التأويل قائم فيهما» أصول السرخسي، لأبي بكر أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ)، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م): ج١/ص١٦٥.

(٣) بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤-١٥، الفتاوى الهندية: ج٣/ص٣٥٦.

(٤) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١٢٨-١٣١، تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩.

ويبدو أن هذه القيود ذكرت لتحاشي نقض الحكم المتعلق بخلافٍ سببه أن يكون النص القرآني ظني الدلالة.

ويغلب على الظن أن هذه القيود - عند التمحيص - قيودٌ لا داعي لها، حيث لا يقال لمن قضى بحكم يحتمله النص بوجه ما: إنه خالف القرآن، وإنما تكون المخالفة فيما لا يُحتمَل بأي وجه من الوجوه، فهذا ينُقض سواءً كان النص قطعيا أو ظنيا، ويؤيد ذلك أن الإمام الشافعي بعد أن عدّد الأدلة التي تكون مخالفتها سببا في نقض الحكم قال: «وإن كان يحتمِل ما ذهب إليه ويحتمِل غيره لم يرده»(١)، أي بعد أن ذكر أن من نواقض الحكم مخالفة القرآن - بدون أي قيد - قال هذه الجملة؛ لتفيد عدم نقض الحكم القضائي المبني على فهم محتمل للنص القرآني الذي يحتمل وجهين فأكثر.

ويبدو أن عبارة الشافعي أدق، فبناء عليها لا ينقض أي الحكمين المبنيين على فهم كلمة القُرْء(٢) - مثلا - في الآية: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ...﴾ (٣)، وبناء عليها أيضا ينُقض الحكم المبني على ما يخالف كلا القولين، كمن يدعي - مثلا - أن القرء يقدر بعام كامل، فهذا منقوض طبقا لعبارة الشافعي، ولكنه غير منقوض طبقا لظواهر العبارات الأخرى؛ لأنه يعد حكما قضائيا وقع بخلاف نص قرآني ظني الدلالة.

وقد عزا كتاب الذخيرة إلى الإمام مالك قوله: «لا ينقض قضاء القاضي إذا لم يخالف السنة، أما إذا خالفها فلينقض»(٤)، أي بذكر السنة فقط، ولم يذكر القرآن، ويبعد أن يكون الإمام مالك قد قال ذلك على سبيل الحصر، أي إن يكون قد قصر النقض على مخالفة السنة، حيث لم يذكر القرآن ولا الإجماع؛ فعلينا أن نفهم أن كلامه هذا على اعتبار الغلبة للأحكام المنقوضة في زمنه، أو ما شابه ذلك، لاسيما أنه قد نصت سائر كتب المذهب المالكي - فيما توافر للباحث من مصادر - على نقض الحكم المخالف للقرآن والسنة والإجماع(٥).

---

(١) الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٣٩.

(٢) القُرْء لفظ يحتمل معنى البدء في الحيض، ويحتمل معنى الخروج منه، وقد اختلف العلماء في مدلوله، انظر: تفسير القرطبي: ج٣/ص١١٣-١١٥.

(٣) [البقرة: ٢٢٨]

(٤) الذخيرة: ج٨/ص١٢٩.

(٥) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١٢٨-١٣١، تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٤٠.

ثانيا: نقض الحكم القضائي الذي يخالف السنة:

اتفق الفقهاء على أن السنة من الأصول التي تستوجب مخالفتُها نقضَ الحكم القضائي[١]، لكنهم اختلفوا حول نوع السنة التي مخالفتها تستوجب ذلك، هل المتواترة فقط أم المتواترة والمشهورة معا؟ وهل تدخل السنة الآحادية أيضا في ذلك؟ ولم يقتصِر الخلاف على ثبوت السنة التي مخالفتها تستوجب نقض الحكم القضائي، بل اختلفوا أيضا في الدلالة، على نحو ما يأتي:

أثر ثبوت السنة في نقض الحكم القضائي المخالف لها:

هناك خلاف بين الفقهاء حول أثر درجة ثبوت السنة في نقض الأحكام القضائية المخالفة لها، وتفصيل ذلك الخلاف كما يأتي:

أما الحنفية فورد في قول متقدميهم النص على كون السنة – بدون تقييد – من ضمن ما ينقض الحكم القضائي المخالف له، فقد جاء في متن الهداية: «وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع»[٢]، وجاء في المبسوط: «فإن كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه رده وأبطله، يعني إذا كان مخالفا لنص، أو لإجماع»[٣]، فالسنة – أو النص – وردت دونما تقييد، إلا أن هناك خلافا بين فقهائهم الذين فصلوا، فبعضهم ذهب إلى أن المقصود من كلام المتقدمين هو السنة المشهورة[٤]، وهناك رأي آخر ذهب إلى أنها هي المتواترة[٥].

والفرق بين السنة المتواترة والسنة المشهورة طبقا لأصول الحنفية[٦] هو: أن المتواتر ما رواه جمع من تابعي التابعين عن جمع من التابعين عن جمع من الصحابة، بحيث تحيل العادة تواطؤهم على الكذب، أما المشهور فهو ما كان آحادا في طبقة الصحابة، ثم اشتهر في الطبقتين التاليتين مباشرة.

أما المالكية فبعض النقول عنهم[٧] تعم السنة جميعها عند ذكر ما تكون مخالفته سببا لنقض الحكم القضائي، ونقول أخرى[٨] تشير إلى إن النقض يكون لما خالف (القاطع من الأدلة)، وهو ما

---

(١) انظر: المبسوط: ج١٦/ص٨٣-٨٥؛ فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣٠٠-٣٠٤؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩؛ الأم: ج٧/ص٩٨-٩٩؛ أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣-٣٠٤؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٢٢-٢٢٥؛ كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦؛ المحلى: ج٨/ص٤٢٩.

(٢) العناية: ج٧/ص٣٠٠.

(٣) المبسوط: ج١٦/ص٨٤.

(٤) انظر: العناية: ج٧/ص٣٠٠-٣٠٤؛ البناية: ج٩/ص٤٨-٥١؛ البحر الرائق: ج٧/ص٨-١٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤-١٥.

(٦) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي (ت٧٣٠)، دار الكتاب الإسلامي، د.ط-د.ت: ج٢/ص٣٦٨-٣٧٠.

(٧) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١٢٨-١٣١، التبصرة: ج١/ص٧٨-٧٩.

(٨) كابن الحاجب فيما نقل عنه الشيخ عليش في منح الجليل: ج٨/ص٣٤٠؛ وانظر أيضا: شرح مختصر خليل للخرشي: ج٧/ص١٦٣.

يفهم منه السنة المتواترة؛ لأن القاطع من الأدلة يعني القطعي الثبوت والقطعي الدلالة، وقد رفض هذا القيد (أي قيد القطعية) صاحب منح الجليل بقوله: «ويقتضي أنه لا ينقض ما خالف الظن الجلي، وليس بظاهر، بل قالوا إنه إذا خالف نص السنة غير المتواترة فإنه ينقض، وهو لا يفيد القطع»[١].

وذهب الشافعية وأكثر الحنابلة[٢] إلى أن مخالفة السنة بنوعيها - المتواترة والآحاد - تكون سببا في نقض الحكم القضائي.

فالإمام الشافعي يقول: «فما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا أو ما في معنى هذا رده» فذكر السنة دون تقييد، والمتأخرون من شراح المذهب قد فصلوا ذلك، ونصوا على السنة بنوعيها، جاء في كتاب أسنى المطالب: «فإن بان للقاضي الخطأ في حكمه أو حكم غيره نظرتَ، فإن خالف قطعيا كنص كتاب وسنة متواترة وإجماع، أو ظنيا محكما كخبر الواحد، أو القياس الجلي نقض حكمه»[٣]، فذكر المتواتر ثم أعقبه بذكر خبر الواحد.

أما الحنابلة فورد أيضا في قول متقدميهم ذكر مطلق السنة دونما أي قيد، في معرض نصهم على الأدلة التي تستوجب مخالفتها نقض الحكم القضائي، فقد جاءت عبارة المقنع عن القاضي: «ثم ينظر في أمر الأيتام... ثم في حال القاضي قبله، فإن كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب وسنة أو إجماعا»[٤]، ثم فصلت أقوال الشراح بعد ذلك، فقد جاء في شرح الإنصاف لهذه العبارة: «إذا علمت ذلك، فالصحيح من المذهب: أنه ينقض حكمه إذا خالف سنة، سواء كانت متواترة أو آحادا. وعليه جماهير الأصحاب... وقيل: لا ينقض حكمه إذا خالف سنة غير متواترة»[٥]، على أن كلامه - لاسيما العبارة الأخيرة - يدل على وجود رأي آخر مرجوح في المذهب ينص على عدم نقض الحكم المخالف للسنة غير المتواترة، أي إن القاضي الذي حكم حكما قضائيا مخالفا لحديث آحاد لا ينقض في القول المرجوح المذكور، أما الرأي الراجح والذي عليه جماهير الأصحاب - بحسب عبارة الإنصاف - فهو نقض الحكم المخالف للسنة عموما: متواترة كانت أو آحادا.

والرأي الراجح هو أن السنة الصحيحة بأنواعها: المتواترة، والمشهورة، والآحاد تعد مخالفتها سببا لنقض الحكم القضائي؛ لأن مخالفة الحديث الصحيح سبب كاف في رد الحكم الفقهي الاجتهادي،

---

(١) منح الجليل: ج٨/ص٣٤٠.

(٢) انظر: الأم: ج٧/ص٩٨، أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣، الإنصاف: ج١١/ص٢٢٢-٢٢٥، كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦.

(٣) أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣.

(٤) المبدع: ج٨/ص١٧٦.

(٥) الإنصاف: ج١١/ص٢٢٤.

والحكم القضائي هو فرع عن الحكم الفقهي، فما ينقض الأصل ينقض الفرع من باب أولى.

ومما يجدر ذكره أن الخلاف حول دخول حديث الآحاد ضمن السنة التي مخالفتها تنقض الحكم، أو عدم دخوله فيها هو أمر يؤدي إلى تفاوت عظيم في عدد الأحكام القابلة للطعن بالنقض؛ لأن معظم الأحاديث النبوية لم تبلغ حد التواتر(١).

أثر دلالة السنة في نقض الحكم القضائي المخالف لها:

إذا ما تعرضنا لدلالة الأحاديث النبوية فإننا نتعرض لها بوصفها موضوع دليل نصي أصولي، أي ينطبق عليها ما انطبق على دلالة القرآن؛ لأن القرآن والسنة يبحثان في علم الأصول بوصفهما أدلة نصية، ويوصفان من حيث دلالة كلٍ منهما، ودرجة الوضوح أو الخفاء بنفس الأوصاف، فلا غرو أن نجد أقوالهم تجمع بينهما تحت لفظ النص في مثل: «ضابط ما ينقض من قضاء القاضي أربعة في جميع المذاهب: ما خالف الإجماع، أو النص أو القياس الجليين...»(٢).

وعلى هذا فمبحث الدلالة فيه ذات الخلاف الذي ذكر في النص القرآني، وفيه يتكرر نفس القول بأن الذين استبعدوا ظني الدلالة ربما قصدوا تحاشي نقض الحكم المتعلق بخلاف في الظني الدلالة، وأنه قيد لا داعي له؛ حيث لا يقال لمن قضى بحكم يحتمله النص إنه خالف القرآن أو السنة، وإنما تكون المخالفة فيما لا يحتمَل بأي وجه من الوجوه، فهذا ينقض سواء كان النص قطعيا أو ظنيا(٣).

ثالثا: نقض الحكم القضائي الذي يخالف الإجماع:

هناك خلاف حول كون مخالفة الإجماع أحد نواقض الحكم القضائي؛ وذلك للخلاف الأصولي حول الإجماع ذاته، أي حول كونه دليلا شرعيا، والخلاف حول كونه حجة قطعية أو ظنية، بالنسبة إلى من يرى الناقض الذي يخالَف لابد أن يكون قطعيا، علاوة على الخلاف التفصيلي حول إمكان حدوث الإجماع، وكيفية إثباته في أي عصر من العصور، والخلاف حول من هم المعتد بإجماعهم،

---

(١) بلغ تعداد الأحاديث المتواترة لفظا عند الكتّاني ٣١٠ حديث، ولكنه قال في آخرها «هذا ما تيسر الآن جمعه وذكره من الأحاديث المتواترة اللفظ أو المعنى، على ما في بعضها، ومجموعها ثلاثمائة حديث وعشرة أحاديث، وباب الزيادة فيها مفتوح للمستزيد، ومنتهى العلم إلى الله المجيد، فإن الأحاديث المتواترة المعنى كثيرة جدا». نظم المتناثر من الحديث المتواتر، لأبي عبد الله محمد بن أبي الفيض جعفر بن إدريس الحسني الإدريسي الشهير بالكتّاني (ت١٣٤٥هـ)، تحقيق شرف حجازي، دار الكتب السلفية، القاهرة،ط٢، د.ت: ص٢٤٢.

(٢) الذخيرة: ج٨/ص١٣٠، وانظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤-١٥.

(٣) انظر: أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين إبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي (ت٦٤٢هـ)، تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط١، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م): ص٤١١، وقد أشار إلى الخلاف حول الحكم المخالف لحديث الآحاد «الصريح الصحيح الذي لا يحتمل إلا تأويلا بعيدا» فقال إنه ينقض على الأصح، وقيل لا ينقض.

أهم الأمة كلها، أم الصحابة فقط، أم العلماء، أم أهل المدينة، أم عترة النبي ﷺ أم الخلفاء الأربعة، والخلاف حول الإجماع السكوتي وحجيته، على ما هو مبسوط في كتب أصول الفقه(١). وفيما يأتي ذكر لبعض الأقول التي وردت في جزئية نقض الحكم القضائي المخالف للإجماع:

المذهب الحنفي:

أولى الحنفية اهتماما كبيرا بالإجماع عند بحثهم لنقض أحكام القضاء، بل ربما بنى بعضهم النقض كله على الإجماع، بمعنى أنهم صنفوا الأحكام القضائية إلى قسمين كبيرين: المختلف فيه، والمجمع عليه، فالمختلف فيه لا يقبل النقض، والمجمع عليه ينقض الحكم الذي خالفه، فقد جاء في المبسوط: «فإن كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه رده وأبطله، يعني إذا كان مخالفا لنص، أو لإجماع»(٢)، وورد فيه أيضا في بيان ما لا ينقض: «فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه؛ لإجماع الناس على نفوذ قضاء القاضي في المجتهدات، فلو أبطله القاضي الثاني كان هذا منه قضاء بخلاف الإجماع، وإن كان القضاء الأول خطأ لا يختلف فيه الفقهاء أبطله؛ لأنه بخلاف الإجماع»(٣).

وورد في العناية أن المراد بالإجماع إنما هو إجماع الأغلبية، حيث قال: «والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم»(٤)، وورد في البناية: «هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه»(٥)، وهو رأي خطير؛ إذ إنه يؤدي إلى تجويز نقض أحكام القضاة الذين يحكمون بآراء تخالف الأغلبية.

وقد ورد في العناية أن الإجماع المعتبر هو إجماع المتقدمين من الصحابة والتابعين، فإذا خالفهم أحد – شافعيا كان أو مالكيا – فإنه لا يعتد بخلافه، ويجوز نقضه(٦)، ولكن هناك من الحنفية من

(١) انظر: الإشارة في أصول الفقه، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي (ت٤٥٠هـ) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط٢، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): ص٣٩٦-٤٠٠؛ شرح مختصر المنتهى الأصولي، للعلامة القاضي عضد الدين عبد الرحمن الإيجي (ت٧٥٦هـ) المعروف بـ(شرح الإيجي على مختصر ابن الحاجب)، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ (١٤٢٣هـ-٢٠٠٤م): ص٣١٢ وما بعدها؛ الإبهاج في شرح المنهاج، تأليف شيخ الإسلام علي بن الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ط، (١٤٠١هـ-١٩٨١م): ص٣٩١-٤٩٢؛ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق سامي بن العربي الأثري، الرياض، دار الفضيلة، ط١، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م): ص٣٤٧ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ج١٦/ص٨٤.

(٣) السابق: ج١٦/ص١٠٨.

(٤) العناية: ج٧/ص٣٠٥.

(٥) البناية: ج٩/ص٥٠.

(٦) انظر: العناية: ج٧/ص٣٠٦.

رفض ذلك الرأي، فقد جاء في فتح القدير: «وعندي أن هذا لا يعول عليه، فإن صح أن مالكا والشافعي وأبا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا، وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة»(١).

المذهب المالكي:

كمثل الحنفية، يولي المالكية اهتمامًا كبيرًا للإجماع بوصف مخالفته تنقض الحكم القضائي(٢)، وكانوا يجعلونه مميزًا بين الأحكام القضائية التي تنقض والتي لا تنقض، أي يجعلون تصنيف الأحكام إلى خلافية أو مجمع على خطئها هو الذي يحدد تنقض أو لا، فقد ورد في المدونة: «قال مالك: إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه، وإنما الذي لا يرجع فيه ما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه»(٣).

على أن المالكية لم يذهبوا إلى ما ذهب إليه بعض الحنفية من اعتبار أن الإجماع يتحقق بالأغلبية، وهو ما أدى إلى رفض أقوال معتبرة في مذاهب مخالفة، بل نجدهم يحكون عن مالك عدم استثناء إلا من شذ من العلماء، فقد جاء في أنوار البروق: «عن عبد الملك(٤) أنه قال ينتقض عند مالك قضاء القاضي لمخالفة السنة... وكل ما هو على خلاف عمل أهل المدينة، ولم يقل به إلا شذوذ العلماء»(٥).

وقد اختلفت النقول عن مقصد الإمام مالك من (عمل أهل المدينة)، وهل هو الإجماع المعتبر عنده – دونما سواه – أم لا(٦)، فقد ورد في منح الجليل: «والخطأ الموجب لرد حكم العدل العالم

---

(١) فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣.

(٢) انظر: المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت١٧٩هـ)، برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي (ت٢٥٦هـ) عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، مطبوع مع مقدمات بن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م): ج٤/ص١٣؛ الذخيرة: ج٨/ص١٢٨-١٣١؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩.

(٣) المدونة: ج٤/ص١٣.

(٤) هو: أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، واسمه ميمون، وقيل دينار، القرشي التيمي المنكدري مولاهم (ت٢١٣هـ)، فقيه مالكي، تفقه على الإمام مالك وغيره، وقال أبو داود عنه: كان عبد الملك الماجشون لا يعقل الحديث، وذكره محمد بن سعد في الطبقات الكبرى وقال: كان له فقه ورواية. انظر: وفيات الأعيان: ج٣/ص ١٦٦-١٦٧.

(٥) الفروق: ج٤/ص٤٠.

(٦) انظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت٦٨٤ هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م): ص٢٦٩٨ وما بعدها؛ الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم: ج٤ ص٢٠٢ وما بعدها؛ عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، رسالة ماجستير، للباحث أحمد محمد نور سيف، إشراف الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط٢، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م): ص٩٤-١١٠.

فسره اللخمي(١) بما خالف نص آية أو سنة أو إجماع. قلت أو ما ثبت من عمل أهل المدينة؛ لأنه مقدم عند الإمام مالك رضي الله عنه على الحديث الصحيح»(٢)، فجعل عمل أهل المدينة قسما غير الإجماع.

ويبدو أن الراجح ما ورد في شرح جمع الجوامع من أن: «إجماع كلٍّ من أهل المدينة النبوية، وأهل البيت النبوي، وهم فاطمة وعلي والحسن والحسين رضي الله عنهم، والخلفاء الأربعة، أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، والشيخين أبي بكر وعمر، وأهل الحرمين، مكة والمدينة، وأهل المصرين الكوفة والبصرة غير حجة؛ لأنه اتفاق بعض مجتهدي الأمة لا كلهم»(٣).

المذهب الشافعي:

اعتبر الشافعية مخالفة الإجماع أحد نواقض الحكم القضائي(٤)، فالإجماع عندهم حجة قطعية(٥)، علاوة على أن الشافعية ينقضون الحكم القضائي سواء خالف دليلا قطعيا أو ظنيا محكما، جاء في كتاب أسنى المطالب: «فإن بان للقاضي الخطأ في حكمه أو حكم غيره نظرت، فإن خالف قطعيا كنص كتاب وسنة متواترة وإجماع، أو ظنيا محكما كخبر الواحد أو القياس الجلي نقض حكمه»(٦).

المذهب الحنبلي:

إذا كان المذهب الشافعي لا يرى ضرورة أن يكون الدليل قطعيا حتى تَنقض مخالفته الحكم القضائي، فإن الحنابلة مختلفون حول هذه المسألة، والرأي الصحيح في المذهب الحنبلي - طبقا لما ورد في الإنصاف - هو التفريق بين نوعين من الإجماع، قطعي وظني، فالأول مخالفته تنقض الحكم، والثاني لا تنقض، حيث جاء فيه: «فإذا خالف حكمه إجماعا قطعيا: نقض حكمه قطعا. وإن لم يكن قطعيا لم ينقض. على الصحيح من المذهب»(٧).

هذا، وهناك من يلحق بمخالفة الإجماع مخالفة المذاهب الأربعة، وعده ضمن نواقض الحكم

(١) هو: أبو الحسن، علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي (ت٤٧٨هـ)، فقيه مالكي، قيرواني الأصل، نزل سفاقس، وتوفي بها، وصنف كتبا مفيدة، أهمها «التبصرة» في فقه المالكية، و«فضائل الشام». انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك: ج٨/ص١٠٩؛ الأعلام للزركلي: ج٤/ص٣٢٨.

(٢) منح الجليل: ج٨/ص٣٤٠.

(٣) البدر الطالع في حل جمع الجوامع، لأبي عبد الله جلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي (ت٨٦٤هـ) تحقيق مرتضى الداغستاني، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط١، (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥): ج٢/ص١٣٧.

(٤) انظر: الأم: ج٧/ص٩٨-٩٩، أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣، الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٤٠-٢٤١.

(٥) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج: ج٢/ص٣٩١-٤٩٢.

(٦) أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣.

(٧) الإنصاف: ج١١/ص٢٢٣.

القضائي، ومن ذلك ما نسب إلى تاج الدين السبكي[١] من أن الحكم القضائي ينقض إذا خالف المذاهب الأربعة، فقد ورد في تحفة المحتاج في معرض حديثه عما ينقض قضاء القاضي: «قال السبكي: أو خالف المذاهب الأربعة؛ لأنه كالمخالف للإجماع»[٢].

ويتصل بهذا دعوى الاكتفاء بالمذاهب الأربعة وقفل باب الاجتهاد اللذين شاعا بين متأخري الفقهاء في العصر العثماني، وقد أشار إليهما الشيخ علي حيدر شارح المجلة عند شرحه لقاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله)، حيث قال: «ومع ذلك فالمتأخرون من الفقهاء قد أجمعوا على سد باب الاجتهاد خوفا من تشتت الأحكام، ولأن المذاهب الموجودة - وهي المذاهب الأربعة - قد ورد فيها ما فيه الكفاية»[٣].

والراجح في ذلك أن القضاء في زمننا يأخذ بمبدأ التقنين، وبالتالي فإن الهيئة التشريعية - صاحبة القرار في الترجيح الملزم - تنظر إلى أحكام فقهاء المذاهب جميعها نظرة متساوية، وتختار الرأي الأصوب بناء على قوة دليله، وتحقيقه لمقاصد الشريعة، وليس بناء على كونه من المذاهب الأربعة أو من مذهب آخر غيرها.

رابعا: نقض الحكم القضائي الذي يخالف القياس:

يعرف القياس في الاصطلاح الأصولي بأنه: «حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من حكم أو صفة»[٤]، أو بأنه «تحصيل حكم الأصل في الفرع لاشتباههما في علة الحكم عند المجتهد»[٥]، فهو الاستدلال على حكم بكونه يشترك مع حكم آخر ثابت في العلة.

---

(١) هو: أبو نصر تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٧١هـ)، قاضي القضاة. ولد في القاهرة، وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها. نسبته إلى سبك (بالمنوفية-مصر)، انتهى إليه قضاء الشام، ثم عزل، وتعصب عليه شيوخ عصره فاتهموه بالكفر، واستحلال شرب الخمر، وأتوا به مقيدا مغلولا من الشام إلى مصر، ثم أفرج عنه، وعاد إلى دمشق، فتوفي بالطاعون. من تصانيفه "طبقات الشافعية الكبرى" ستة أجزاء، و"جمع الجوامع" انظر: طبقات الشافعية، لأبي بكر تقي الدين بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، المعروف بابن قاضي شهبة (ت٨٥١هـ)، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ: ج٣/ص١٠٤.

(٢) تحفة المحتاج شرح المنهاج، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي (ت٩٧٤هـ)، دار إحياء التراث العربي، د.ط-د.ت:: ج١٠/ص١٤٤.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج١/ص٣٤.

(٤) إرشاد الفحول: ج٢/ص٨٤٠، وانظر: الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (ت٦٣١هـ)، تحقيق الشيخ عبد الرازق عفيفي، الرياض، دار الصميعي، ط١، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م): ٢٢٧-٢٣٣؛ الإبهاج شرح المنهاج للسبكي: ج٣/ص٣.

(٥) المحصول في علم أصول الفقه، للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن الرازي (٦٠٦هـ)، تحقيق طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ط-د.ت: ج٥/ص ١١، وانظر: إرشاد الفحول ج٢/ص٨٤٠.

وقد اختلف الفقهاء حول حجية القياس، فذهب أكثرهم إلى كونه حجة، ويصلح دليلا يستدل به على الأحكام الشرعية؛ وبالتالي يستدل به في أحكام القضاء، والقليلون من الفقهاء هم الذين نفوا حجيته(١)، فهم بالطبع لا يرون غضاضة في مخالفة الحكم القضائي للقياس. يقول ابن حزم: «ولا يحل الحكم بقياس، ولا بالرأي ولا بالاستحسان ولا بقول أحد ممن دون رسول الله ﷺ دون أن يوافق قرآنا أو سنة صحيحة؛ لأن كل ذلك حكم بغالب الظن»(٢).

والجمهور الذين يعملون بالقياس ويقولون بحجيته في المسائل الفقهية، مختلفون حول كونه حجة قطعية أو ظنية، ومختلفون أيضا حول نقض الحكم القضائي المخالف للقياس أو لا. ثم هم يقسمون القياس من حيث قوته في الدلالة على الحكم إلى قياس جلي وقياس خفي(٣).

وبالنسبة لنقض الحكم القضائي المخالف للقياس، يوجد رأيان كالآتي:

الرأي الأول: لا ينقض الحكم القضائي بسبب مخالفة القياس

وهو – علاوة على كونه رأي نفاة القياس – فإنه ذهب إليه بعض الفقهاء كالحنفية(٤)، وبعض المالكية(٥)، وأكثر الحنابلة(٦)؛ إذ قصر هؤلاء النقض على مخالفة الكتاب والسنة والإجماع؛ لأنهم يرون أن القياس من المسائل الاجتهادية الخلافية.

الرأي الثاني: ينقض الحكم القضائي لمخالفته القياس الجلي فقط

ويرى أصحاب هذا الرأي أن القياس الجلي – أي الواضح الذي لا يحتاج لإعمال الذهن لإدراك العلة – هو فقط الذي يُنقض الحكم القضائي لمخالفته. وهو رأي أكثر الشافعية(٧)، وبعض المالكية(٨)، وبعض الحنابلة(٩)، وهو الراجح؛ لأن القياس الجلي هو دليل قطعي ينتفي معه تأثير

(١) انظر: المحصول: ج٥/ص١٥ وما بعدها؛ إرشاد الفحول: ج٢/ص٨٤٣ وما بعدها.

(٢) المحلى: ج٨/ص٤٢٩.

(٣) انظر: المحصول: ج٥ ص١٢١ وما بعدها؛ نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي الشافعي (ت٧٧٢هـ)، عالم الكتب، د.ط-د.ت: ج٤/ص٢٦-٢٧؛ إرشاد الفحول ٢ /٨٤٣ وما بعدها.

(٤) انظر: البناية: ج٩/ص٤٨-٥١؛ بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤؛ العناية: ج٧/ص٣٠٥ – ٣٠٦؛ المبسوط: ج١٦/ص٨٤-١٠٤.

(٥) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١٢٤-١٢٨، تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩.

(٦) انظر: الإنصاف: ج١١/ص٢٢٣.

(٧) انظر: تحفة المحتاج للهيثمي: ج١٠/ص١٤٤.

(٨) انظر: منح الجليل: ج٨/ص٣٣٩-٣٤١، الذخيرة: ج٨/ص١٢٤-١٢٨.

(٩) انظر: الإنصاف: ج١١/ص٢٢٣-٢٢٤.

الفارق بين الأصل المقيس عليه والفرع المقيس[١]، ولأن النقض في القضاء الترجيحي مبني على كون الحكم القضائي يخالف دليلا قطعيا، لا دليلا خلافيا اجتهاديا، فإن كان الحكم القضائي يخالف دليلا ظنيا قابلا للخلاف والاجتهاد كالقياس الخفي فلا ينقض.

وأما في القضاء القانوني فلا محل لبحث الراجح في هذه المسألة في القضاء، إنما بحثها في التشريع؛ لأن القاضي يلتزم بما سنه الحاكم من أحكام بغض النظر عن ترجيحه.

خامسا: نقض الحكم القضائي الذي يخالف القواعد

عرف السبكي القاعدة بأنها: «الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزيئات كثيرة تفهم أحكامها منها»[٢]، وعرف الدكتور مصطفى الزرقا القواعد الفقهية بأنها: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»[٣].

وقد ذهب إلى نقض الحكم القضائي المخالف للقواعد بعض المالكية[٤]، فقد جاء في الذخيرة: «ضابط ما ينقض من قضاء القاضي أربعة في جميع المذاهب: ما خالف الإجماع، أو النص أو القياس الجليين، أو القواعد، مع سلامة جميع ذلك عن المعارض الراجح»[٥]، وجاء في التبصرة: «نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض، ذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو بالنص الجلي أو القياس»[٦].

وقد ضرب في التبصرة مثالا لمخالفة القواعد، فقال: «ومثال مخالفة القواعد المسألة السُّريجية[٧]، متى حكم حاكم بتقرير النكاح في حق من قال: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا، فطلقها

(١) انظر: قواطع الأدلة في الأصول، منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني (ت٤٨٩هـ)، تحقيق، محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٩م): ج٣/ص١٢٦-١٣٠؛ مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، لعبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، رسالة دكتوراة، دار البشائر الإسلامية، ط٢، (١٤١٢هـ-٢٠٠٠م): ص٥٦ وما بعدها.

(٢) الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩١م): ص١١.

(٣) شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، (ت١٣٧٥هـ) تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط٢، دار القلم، دمشق، (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م): ص٣٣-٣٤.

(٤) يلاحظ في نقلي القرافي وابن فرحون الآتيين أنهما قد نُسب فيهما القول إلى جميع المذاهب، أو إلى العلماء، دون تسمية، ودون ذكر لمذهب أولئك العلماء، وقد تبين فيما سبق الخلاف حول القياس، مما يدل على عدم ثبوت الإجماع على مثل ذلك.

(٥) الذخيرة: ج٨/ص١٣٠.

(٦) تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨.

(٧) سميت بـ "السريجية" نسبة للإمام الفقيه أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج القاضي (ت٣٠٦هـ)، فقيه الشافعية في بغداد، من طبقة أصحاب أصحاب الشافعي، عدَّه بعض العلماء مجددَ القرن الرابع، انظر: سير أعلام النبلاء: ج١٤/ص٢٠١؛ وانظر: الإحكام للقرافي: ص١٣٦.

ثلاثا أو أقل، فالصحيح لزوم الثلاث له، فإذا ماتت أو مات، وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه؛ لأنه على خلاف القواعد؛ لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط»(١).

وممن قال بذلك أيضا القرافي في الفروق، حيث قال: «لو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق، أي الثلاثة بناء على المسألة السريجية نقضناه؛ لكون شرط السريجية لم يجتمع مع مشروطه أبدا، فإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها، فكان على خلاف قاعدة صحة اجتماع الشرط مع مشروطه»(٢).

ولكن يبدو أن مخالفة القواعد في ذاتها لم يجمع على كونها تسبب نقض الحكم القضائي، بل العبرة بمخالفة دليل القاعدة، فقد ورد في شرح الكوكب المنير أن القواعد: «تشبه الأدلة، وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يقضى بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي»(٣)، وجاء في تقرير لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية: «فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل، فمن اطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل بأدلتها»(٤)، فإذا صح ذلك فإن الراجح أن الناقض للحكم القضائي في حالة مخالفته لقاعدة كلية هو دليل القاعدة وليس نص القاعدة المجرد.

سادسا: نقض الحكم القضائي المبني على رأي فقهي مرجوح

يبدو أن أكثر الفقهاء يقولون بعدم جواز نقض الحكم القضائي المبني على رأي فقهي مرجوح، بل شاع عن كثير منهم زعم الإجماع على عدم جواز ذلك.

فمن ذلك ما جاء في المبسوط في بيان ما لا ينقض: «فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه؛ لإجماع الناس على نفوذ قضاء القاضي في المجتهدات، فلو أبطله القاضي الثاني كان هذا منه قضاء بخلاف الإجماع»(٥).

ومنه ما ورد في شرح أدب القاضي: «وينبغي للقاضي أن ينفذ قضايا القاضي التي ترفع

---

(١) تبصرة الحكام: ج١/ص٧٩.

(٢) الفروق: ج٤/ص٨٠.

(٣) شرح الكوكب المنير، لأبي البقاء تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي، المعروف بابن النجار الحنبلي (ت٩٧٢هـ) مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٢هـ: ج١/ص٥٩٧-٥٩٨.

(٤) تاريخ الدولة العلية العثمانية: ص٥٥٠، نقلا عن منتخبات الجوائب.

(٥) المبسوط: ج١٦/ص١٠٨.

إليه...»[١]، وعلل ذلك بأن: «القضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع»[٢].

ومن ذلك ما ورد في جواهر العقود: «واتفقوا على أن الحاكم إذا حكم باجتهاده ثم بان له اجتهاد يخالفه فإنه لا ينقض الأول، وكذا إذا وقع حكم غيره فلم يره فإنه لا ينقضه»[٣].

ومن ذلك تسوية القرافي بين حكم الحاكم في المجمع عليه وحكمه في المختلف فيه، حيث تساءل: «ما الفرق في حكم الحاكم في المجمع عليه، فإنه لا ينقض، وبين حكمه في المختلف فيه، فإنه لا ينقض أيضا؟ فهل المانع واحد أو مختلف؟ وإن كان الإجماع فهو واحد، وإن كان ثم مانع آخر فما هو؟»[٤] فأجاب بأن الإجماع مانع من النقض في كليهما[٥].

ومن ذلك قوله: «وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى: ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد كما تقدم، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة، ويحرم على كل أحد نقضه»[٦].

وقد ورد في شرح المجلة: «والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع»[٧]، وورد فيه أيضا: «الأحكام المخالفة للإجماع: كأن يعرض الحكم الذي أصدره قاض في مسألة اجتهادية على قاض آخر فيحكم القاضي الآخر بإبطال الحكم الأول»[٨].

وقال الدكتور عبد الكريم زيدان: «لا يسوغ لأي قاض أن ينقض باجتهاده حكما اجتهاديا أصدره قاض آخر ما دام هذا الحكم قد صدر عن اجتهاد سائغ مقبول؛ لأن الاجتهاد السابق لا ينقضه اجتهاد لاحق من قاض آخر؛ لأنه لا مزية للاجتهاد الثاني على الاجتهاد الأول ما دام الاثنان سائغين... وعلى هذا النهج السديد والمسلك القويم سار قضاة السلف الصالح من عهد الصحابة ومن

---

(١) شرح أدب القاضي للخصاف، المتن لأبي بكر أحمد بن عمر الخصاف (ت٢٦١هـ) والشرح لبرهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري الحنفي المعروف بالصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط١، (١٣٩٧هـ-١٩٧٧م): ج٣/ص١٠٩.

(٢) السابق: ج٣/ص١١٠.

(٣) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق المنهاجي الأسيوطي، ثم القاهري الشافعي (ت٨٨٠هـ)، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م): ج٢/ص٢٩٣.

(٤) الإحكام للقرافي: ص٨٠.

(٥) انظر: الفروق للقرافي: ج٤ ص٤٨-٥٤؛ الإحكام للقرافي: ص٨٠ وما بعدها.

(٦) السابق: ص٤١-٤٢.

(٧) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٨، وانظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤؛ الفروق: ج٤/ص٤٠-٨١؛ الفتاوى الهندية: ج٣/ص٣٥٦.

(٨) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٨.

بعدهم من عصور التابعين»[١].

وقال في موضع آخر: «وإذا كان هناك اتفاق بين جمهور الفقهاء أو ما يشبه الإجماع على أن حكم القاضي ينقض ويبطل إذا خالف نصا تشريعيا صريحا، فقد اتفقوا كذلك على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم ما لم يخالف نصا تشريعيا صريحا... لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد حتى تستقر الأحكام»[٢].

ورغم شيوع زعم الإجماع في النقول السابقة وما شابهها إلا أنه روي عن بعض الفقهاء ما يكفي لإبطال دعوى الإجماع على ذلك، مثل ما يأتي:

- ما حكي في المدونة عن الإمام مالك، حيث ورد فيها: «هل كان مالك يرى للقاضي إذا قضى بقضية، ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به، أله أن يرد قضيته ويقضي بما رأى بعد ذلك، وإن كانت قضيته الأولى مما قد اختلف فيها العلماء؟ قال: إنما قال مالك: إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه، وإنما الذي لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه»[٣]، وقد فهم بعض المالكية من ذلك جواز نقض القاضي أحكام نفسه في المسائل الاجتهادية المرجوع فيها[٤]، في حين أن بعضهم قال بعدم جواز ذلك[٥]. وجاء في منح الجليل أن القولين تُؤُوِّلَتْ المدونة عليهما[٦]، ومعنى ذلك وجود رأي - ولو مرجوح - عند بعض المالكية بنقض القاضي لحكم نفسه إذا بان له الأرجح، وهو كاف لخرق الإجماع.
- قول الإمام الشافعي - وهو أشد صراحة ووضوحا من قول الإمام مالك السابق - حيث ورد عنه في كتاب الأم: «وإذا حكم القاضي بحكم، ثم رأى الحق في غيره، فإن رأى الحق في الحادث بأنه كان خالف في الأول كتابا أو سنة أو إجماعا، أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنة نقض قضاءه الأول على نفسه، وكل ما نقض على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه»[٧]، فقوله (أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب والسنة) هو قول واضح في الدلالة على

---

(١) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص ٢٢٦.

(٢) السابق: الصفحة نفسها، وانظر: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد رأفت عثمان، دار البيان، ط٢، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م): ص٥٦٣.

(٣) المدونة: ج٤/ص١٣.

(٤) انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري المواق المالكي (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٤م): ج٨/ص١٤١-١٤٢، منح الجليل: ج٨/ص٣٥٠-٣٥١.

(٥) انظر: السابق: الصفحة نفسها، ونسبه الشيخ عليش إلى سحنون، وابن محرز، والقاضي عياض، وغيرهم.

(٦) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

(٧) الأم: ج٦/ص٢٢٠.

النقض في الاجتهاديات، وقوله (كل ما نقض على نفسه نقض على من قضى به إذا رفع إليه) يدل على نقض حكم نفسه وحكم غيره سواء بسواء.

- ما ورد في المغني: «عن أبي ثور[١] وداود[٢] أنه يُنقض جميع ما بان له خطؤه؛ لأن عمر ﷺ كتب إلى أبي موسى: لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس، ثم راجعت نفسك فيه اليوم، فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق؛ فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل، ولأنه خطأ، فوجب الرجوع عنه، كما لو خالف الإجماع، وحكي عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه»[٣].

وهذه النقول - فيما يبدو - تكفي لإبطال دعوى إجماع العلماء على ذلك، وإن كانت لا تقوى على نفي رجحان عدم جواز نقض الحكم القضائي المبني على رأي فقهي مرجوح.

وهناك رأي ذهب إلى أن المسألة بها إجماع من الصحابة فقط، وقد ورد في المغني: «أما إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا إجماعا، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله، لم ينقضه لمخالفته؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على ذلك، فإن أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده، وخالفه عمر، ولم ينقض أحكامه، وعلي خالف عمر في اجتهاده، فلم ينقض أحكامه، وخالفهما علي، فلم ينقض أحكامهما»[٤].

والراجح في هذا كله عدم جواز نقض الحكم القضائي طالما صدر باجتهاد معتبر، وتأويل سائغ مقبول ممن أصدره.

ومن تطبيقات ذلك أنه لم يكن سائغا أن يحكم قاضي مذهب معين بحكم قضائي يقتضي إبطال حكم قاض من مذهب آخر، فقد ورد في كتاب إنباء الغمر في ترجمة عبد الله بن محمد جمال الدين

---

(١) هو: أبو ثور إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي (ت٢٤٠هـ) الفقيه صاحب الإمام الشافعي. قال ابن حبان: كان أحد أئمة الدنيا فقها وعلما وورعا وفضلا، له مصنفات كثيرة منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي، وذكر مذهبه في ذلك، وهو أكثر ميلا إلى الشافعي في هذا الكتاب وفي كتبه كلها. انظر: المنتظم: ج١١/ص٢٧١؛ الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت٧٦٤هـ)، تحقيق أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م): ص٥/ص٢٢٦؛ الأعلام للزركلي: ج١/ص٣٧.

(٢) هو: أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني الملقب بالظاهري (٢٧٠هـ) أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام، تنسب إليه الطائفة الظاهرية، وسميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة، وإعراضها عن التأويل والقياس، وهو أصبهاني الاصل، ومولده في الكوفة، وسكن بغداد، وانتهت إليه رياسة العلم فيها. انظر: تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ط-د.ت: ج١/ص١٨٢.

(٣) المغني: ج١٠/ص٥٠، والأثر ثابت، وسبق تخريجه في هامش ١، ص١٦ من هذا البحث.

(٤) السابق: الصفحة نفسها.

البرلسي[١] أنه: «دخل مع الفقهاء وناب في الحكم قليلا في بعض البلاد، ثم منع من ذلك لكائنة جرت له؛ لأن الشافعي لما منعه ناب عند الحنفي، فعين عليه قضية تتعلق بكنيسة اليهود، فحكم فيها بحكم يلزم نقض حكم سابق على حكمه من قاضي القضاة علاء الدين بن المغلي الحنبلي[٢]، فأنكر عليه، وقوبل على ذلك، وصرف عن نيابة الحكم، واستمر إلى أن مات في رجب»[٣].

وقد اتفق في ذلك قضاء محكمة النقض المصرية مع الفقه الإسلامي؛ حيث رفضت طعنا بنقض حكم مؤسسا على جدل في تقدير محكمة الموضوع، فقالت محكمة النقض: «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، وتفسير الاتفاقات والمحررات؛ للوقوف على حقيقة القصد منها، متى كان تفسيرها بما تحتمله عباراتها، وفي تقدير الأدلة المقدمة إليها، والموازنة بينها، وترجيح ما تطمئن إليه، واستخلاص الحقيقة منها، متى كان استخلاصها سائغا، وله أصله الثابت بالأوراق... ومن ثم فإن النعي عليه بسببي الطعن لا يعدو كونه جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تخرج عن نطاق رقابة محكمة النقض، بما لا يجوز معه إثارته أمامها، ويكون النعي بذلك غير مقبول»[٤].

---

(١) هو: جمال الدين عبد الله بن محمد القاضي الْبُرُلُّسِيّ ثمَّ القاهري الشافعي (٨٤٥هـ)، مات عن عمر يناهز نيفا وتسعين. انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لأبي الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (ت٩٠٢هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت، د.ط-د.ت: ج٥/ص٦٨.

(٢) هو: أبو المواهب علاء الدين علي بن محمد بن أبي بكر السلمي الحموي الحنبلي، ويعرف بابن المغلي (٨٢٨هـ)، أخذ عن ابن رجب في دمشق، انظر: مجموع رسائل الحافظ ابن رجب الحنبلي، تأليف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي (ت٧٩٥هـ)، تحقيق طلعت فؤاد الحلواني، دار الفاروق الحديثة ، ط٢، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م): ج١/ص٢١.

(٣) إنباء الغمر بأنباء العمر، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م): ج٩/ص١٧٤.

(٤) طعن مدني رقم ٣٥٢ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٤/١٤م.

الفرع الثاني: أسباب نقض الحكم من جهة أدلته الواقعية

كما ينقض الحكم القضائي بسبب خلل في أدلته الشرعية ينقض بسبب خلل اعترى الحجج والبينات الواقعية، فقد ورد في حاشية الجمل أن النقض يكون: «إذا حكم قاض باجتهاد أو تقليد، فبان حكمه بمن لا تقبل شهادته كعبدين، أو خلاف نص من كتاب أو سنة...»[١]، فجعل ظهور عدم صلاحية الشهود – وهو متعلق بإثبات الوقائع – على صعيد واحد مع مخالفة الأدلة الشرعية.

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي: «وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه، والخطأ قد يكون في نفس الحكم، بكونه خالف نصا أو شيئا مما تقدم، وقد يكون الخطأ في السبب، كأن يحكم ببينة مزورة، ثم يتبين خلافه، فيكون الخطأ في السبب، لا في الحكم، وقد يكون الخطأ في الطريق، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها. وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم، بمعنى أنا تبينا بطلانه»[٢]، فجعل تزوير البينة وفسق الشهود من نواقض الحكم القضائي.

ولكن النظم الحديثة مالت إلى الفصل بين نقض الحكم من جهة أدلته الواقعية، ونقضه من جهة أدلته الشرعية، فجعلت الأول تحت مسمى النقض، وجعلت الآخر تحت مسمى غيره، كالدفع بعد الحكم أو التماس إعادة النظر أو المراجعة.

فمجلة الأحكام العدلية رغم أنها تصنف نقض الحكم من جهة أدلته الشرعية تحت عنوان النقض، إلا أنها تصنف النقض من جهة الأسباب الواقعية تحت عنوان الدفع بعد الحكم، فالنقض نظمته المادة (١٨٣٨) التي تقول: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف»[٣]، أما الدفع بعد الحكم فقد خصصت له المجلة المادة (١٨٤٠)، وقد جاء فيها: «كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح بعد الحكم، بناء عليه إذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سببا صالحا لدفع الدعوى، وادعى دفع الدعوى، وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له، وتجري محاكمتهما في حق هذا الخصوص»[٤].

وبعد مجلة الأحكام العدلية جعل نظام المرافعات الشرعية السعودي الخلل في الأمور الواقعية مندرجا تحت التماس إعادة النظر، فجاء فيه: «يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في

---

(١) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ج١/ص١٠٥.

(٣) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٤) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤ ص٦٩٣.

الأحكام النهائية، في الأحوال الآتية...»(١)، وقد ضمنها الغش والتزوير ... إلخ.

وكذلك قانون المرافعات والتنفيذ اليمني جعل نقض الحكم من جهة أدلته الواقعية يندرج تحت مسمى التماس إعادة النظر، فضمنها الغش والتزير وغيرها من الأمور التي تعتري الحكم القضائي من جهة الوقائع(٢).

أما قانون الإجراءات المدنية السوداني(٣) فتعرض لنقض الحكم من جهة وقائعه تحت مسمى طلب المراجعة، فجعل من ضمن أسباب المراجعة الغش وغيره من الأمور الواقعية المؤثرة في الحكم(٤).

ولأن لكل تقسيم أحكامه الفرعية المنفصلة، ولأن تشقيق المسائل قد يؤدي - في المجالات الفقهية والقانونية - إلى إحكام تنظيمها، ودقة دراستها فإن نقض الحكم لأسبابه الواقعية جدير أن يدرس في فصل منفصل، وهو الفصل الثاني من هذه الدراسة، وهو الخاص بالتماس إعادة النظر.

---

(١) م١٩٢ مرافعات سعودي قديم؛ وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦-٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠-٤٩١.

(٢) انظر: م٣٠٤ مرافعات يمني.

(٣) يعد قانون الإجراءات المدنية السوداني الصادر عام ١٩٨٣ أحد النظم القانونية الإسلامية، انظر: قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقا عليه، محمد سعد أبو شتا، مطبعة جامعة القاهرة والكتّاب الجامعي، ط١، د.ت: ص٧؛ قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق-دراسة مقارنة، حيدر أحمد دفع الله، مركز شريح القاضي للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، ط٣، ٢٠١٠م: ج١/ص١٢.

(٤) انظر: م١٩٩ قانون الإجراءات المدنية السوداني.

الفرع الثالث: أسباب نقض الحكم من جهة أمور أخرى غير ما سبق

قد يعتري الحكم القضائي خللٌ ما، دون أن يكون من جهة أدلته الشرعية، ولا من جهة أدلته الواقعية، ولكن من جهة أمور أخرى غيرها، كالآتي:

- نقض الحكم لأمر يتعلق بالقاضي الذي أصدره
- نقض الحكم لأمر يتعلق بالخصوم في الدعوى
- نقض الحكم لأمر يتعلق بالمدعى به
- نقض الحكم لأمر يتعلق بإجراءات إصدار الحكم.

وقد تناول الفقه الإسلامي هذه الأنواع في مباحث متفرقة، وليس في مبحث نقض الأحكام خاصة، فقد تنوولت مسألة نقض الحكم لكون القاضي ليس أهلا للقضاء في مباحث أخرى، كمبحث شروط تولي القضاء(١) أو عزل القاضي(٢) أو غيرها(٣)، وتنوول موضوع نقض الحكم لعدم صحة الخصوم، أو عدم أهليتهم، أو عدم معلومية المدعى به في مبحث شروط الدعوى(٤).

ومهما يكن من أمر فإن أسباب النقض قد تكون لخلل غير الأدلة الواقعية، والأدلة الشرعية، بمعنى أن الحكم ربما يكون صحيحا من هاتين الجهتين، ورغم ذلك فإنه يكون عرضة للنقض، فينقض لكون القاضي – مثلا – غير أهل للقضاء بشكل يسبب نقض أحكامه ولو كانت صحيحة، أو ما شابه ذلك من أوجه الخلل التي لا تتعلق بالأدلة الواقعية ولا الشرعية.

وقد اختلف فقهاؤنا حول بعض الصور التي تنقض فيها الأحكام ولو كانت صحيحة من ناحية أدلتها الواقعية والشرعية، ومن هذه الصور ما يأتي:

أولا: أحكام القاضي المقلد:

تقدم أن أكثر الفقهاء في القضاء الترجيحي يشترطون أن يكون القاضي عالما مجتهدا، ولا يجيزون تولية المقلد إلا في حالة الضرورة، أي عند عدم وجود القاضي المجتهد، وأنهم يرون أن تولية القاضي

---

(١) انظر: البناية: ج٩/ص٤؛ مواهب الجليل: ج٦/ص٨٨؛ الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بـ(شرح ميارة)، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الفاسي الفقيه المالكي المعروف بميارة (ت١٠٧٢هـ)، والكتاب شرح لمنظومة (تحفة الحكام) لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي (ت٨٢٩هـ)، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، د.ط-د.ت: ج١/ص١١-١٣؛ أسنى المطالب: ج٤/ص٢٧٨؛ تحفة المحتاج للهيثمي: ج١٠/ص١٠٦-١٠٧؛ كشاف القناع: ج٦ ص٢٩٥؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ج٣٣/ص٢٩١-٢٩٣.

(٢) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١١٨-١٢٣ باب عزل القاضي؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٨٥-٨٦ في ذكر ما لا يعتبر في أفعال القاضي إذا عزل أو مات.

(٣) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١٠٠-١٠٩ باب من يجوز للقاضي أن يحكم له ومن لا يجوز.

(٤) انظر: تبصرة الحكام: ج١/ص١٤٤-١٤٥ باب شروط الدعوى؛ تحفة المحتاج للهيثمي: ج١٠/ص٢٨٥-٢٨٦ كتاب الدعوى؛ الأشباه والنظائر للسيوطي: ج١/ص٤٩٩ باب الدعاوى والبينات؛ حاشية الجمل: ج٥/ص٤٠٧-٤٠٩ كتاب الدعوى والبينات.

المقلد في غير حالة الضرورة تعتبر تولية باطلة، ولكنهم اختلفوا في نقض أحكامه على ثلاثة آراء كالآتي:

الرأي الأول: تنقض جميع أحكامه وإن كانت صحيحة في ذاتها(١)؛ لأن ولايته باطلة أصلا، جاء في كتاب البيان: «وجملة ذلك: أن القاضي إذا عزل، وولي بعده قاض، فإن كان الأول لا يصلح للقضاء... نقضت أحكامه كلها، أصاب فيها أو أخطأ؛ لأنه لا يصح حكمه»(٢).

الرأي الثاني: تَصَفح أحكامِه، وإقرار الصواب منها، ونقض الخطأ، ومستند هذا الرأي أن «السلاطين اليوم أكثرهم كذلك، ولابد أن تنفذ أحكامهم»(٣).

الرأي الثالث: اختار التفصيل بين أن يكون القاضي المقلد يستشير العلماء، أو لا يستشيرهم(٤)؛ لأن المقلد بوصفه ليس أهلا - أصلا - للقضاء، وبوصفه يقضي فقط في حالة الضرورة، فإنه يجب عليه أن يستشير العلماء أهل الاجتهاد في الفقه؛ لأن القاضي في حال جهله وعدم مشورته إنْ حكم فقد «حكم بالظن والتخمين من غير قصد إلى الاجتهاد في الأدلة، فذلك باطل؛ لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف الحق»(٥)، ولأن «الحكم بالحدس والتخمين لا يفيد»(٦)، ولأن «القضاء صناعة دقيقة فلا يلزم من معرفة الحكم كيفية إيقاعه، فقد يعرف الحكم ولا يعرف كيفية إيقاعه، فيوقعه في غير موقعه»(٧)، فإن عرف عن القاضي أنه لا يستشير فلابد أن تتصفح أحكامه، ثم ينظر فيها على النحو الآتي:

- أما الأحكام الصائبة فتجوَّز: جاء في الذخيرة: «فإن كان لا يقصد الجور غير أنه جاهل باليسير، ولا يستشير العلماء، ويقضي باستحسانه، تصفحت أحكامه وينفذ صوابها»(٨).
- وأما ما خالف الشرع، ولم يكن رأيا خلافيا فإنه ينقض بلا خلاف، جاء في البيان والتحصيل: «وإن كان منها خلاف كتاب الله، أو سنة ماضية غير مختلف فيها فسخ ذلك من

---

(١) انظر: منح الجليل: ج٨/ص٢٥٦-٢٦٢؛ الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٢٤-٢٢٥؛ الأحكام السلطانية للماوردي: ج١/ص٨٥؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت٩٧٧هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م): ج٦/ص٢٩٤-٢٩٥.

(٢) البيان: ج١٣/ص٦٣.

(٣) الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤؛ الذخيرة: ج٨/ص١٢١؛ حاشية الصاوي: ج٤/ص٢٢٠ - ٢٢٧؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٣٦-٣٣٧.

(٥) منح الجليل: ج٨/ص٣٣٦؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٣٧.

(٦) حاشية الصاوي: ج٤/ص٢٢٠.

(٧) منح الجليل: ج٨/ص٣٣٩.

(٨) الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

أحكامه؛ للذي عرف منه من الجهالة»[١]، وجاء في التبصرة أن هذا النوع من الأحكام لا يختلف في نقضه[٢].

- أما الأحكام الاجتهادية التي في مسائل الخلاف، فهناك رأيان في نقضها:
  - ذهب الأول إلى عدم نقضها؛ لأنها وافقت مذهبا من المذاهب، كما جاء في الذخيرة أنه إذا قضى القاضي المقلد الذي لا يستشير: «تصفحت أحكامه وينفذ صوابها، ويمضى المختلف فيه»[٣].
  - وذهب رأي آخر إلى نقضها؛ بناء على أن القاضي الجاهل قد اختارها بالحدس والتخمين: جاء في تبصرة الحكام: «يرد من أحكامه ما كان مختلفا فيه؛ لأن ذلك كان منه حدسا وتخمينا، والقضاء بمثل ذلك كله باطل»[٤].

ومفهوم هذا الرأي أن المقلد العدل الذي يستشير العلماء لا تتصفح أحكامه.

وجدير بالذكر أنه مع مضي الوقت، وشيوع التقليد، وندرة القضاة المجتهدين فرض الواقع نفسه على تعيين القضاة، وسمح للمقلدين والحجَّاب[٥] بأن يحكموا في الأمور الشرعية، فقد ورد في كتاب إنباء الغمر أنه: «نودي أن الحجاب لا يحكمون في الأمور الشرعية، فسعى الأمراء في نقض ذلك، فنقض بعد يومين، ونودي لهم بالإذن بالحكم»[٦].

ثانيا: أحكام القاضي الجائر:

اختلف العلماء في القاضي الجائر على رأيين كما يأتي:

- الرأي الأول: نقض جميع أحكامه وإن كانت صحيحة، أي دون تصفح. جاء في التاج والإكليل: «القاضي الجائر ترد أحكامه دون تصفح له، وإن كانت مستقيمة في ظاهرها، إلا أن يثبت صحة

---

(١) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤.

(٢) انظر: تبصرة الحكام: ج١/ص٨٢.

(٣) الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

(٤) تبصرة الحكام: ج١/ص٨٢.

(٥) الحاجب: وظيفة إدارية كانت تتمثل - في أول الأمر – في منع العامة من الازدحام النّاس على أبواب الحكام، وشغلهم عن المهمّات، ثم تطور في الدولة العباسية والأندلسية حتى «ارتفعت خطّة الحاجب ومرتبته على سائر الرّتب». انظر: مقدمة ابن خلدون (ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر) لأبي زيد ولي الدين عبد الرحمن بن محمد بن محمد ابن خلدون الحضرمي الإشبيلي (ت٨٠٨هـ)، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط٢، (١٤٠٨ هـ-١٩٨٨م): ص٢٩٦-٢٩٩.

(٦) إنباء الغمر بأنباء العمر: ج٧/ص٣٨٢.

باطنها»[١]، وجاء في الذخيرة: «إذا عزل القاضي أو مات وهو جائر، لا ينفذ شيء من أحكامه»[٢]، وجاء في البيان والتحصيل أنه: «إذا كان من غير أهل العدل، وخيف أن يكون كان يقبل من الشهداء غير العدول، أو يجور في أحكامه، أو ما أشبه هذا، نقضت أحكامه، وأمر الخصوم باستئناف الخصام، وذلك أن القاضي إذا كان جائرا فإنه لا يكاد يكتب للناس كتب أقضيته لهم إلا صحيحة الظاهر، مستقيمة الحكم»[٣]، وجاء مبرر نقض أحكام القضاة الجائرين - ولو صحيحة - في بدائع الصنائع أن في ذلك: «كبتا وغيظا لهم؛ لينزجروا عن البغي»[٤].

- والرأي الآخر: تَصَفُّح أحكامه، فيقر منها ما كان صحيحا، وينقض ما كان خاطئا[٥]، وورد مبرر ذلك في الذخيرة، وهو نفس مبرر إنفاذ أحكام القاضي المقلد: «لأن السلاطين اليوم أكثرهم كذلك، ولابد أن تنفذ أحكامهم»[٦].

والراجح هو تصفح أحكامهم، وإقرار الصحيح السالم من العيوب، ونقض الخطأ فقط، وأنه لا ذنب للمتقاضين أن يعاد النظر في أقضيتهم من جديد، وقد تم الفصل فيها بشكل صحيح، أما كون القاضي لم يكن أهلا للقضاء، فهو خطأ ممن ولاه، وهذا الخطأ لا يؤخذ به المتقاضون. وأما ما ورد في بدائع الصنائع من أن نقض أحكام القضاة الجائرين هو كبت وغيظ لهم، فالواقع أن المغيظ والمكبوت هنا هم المتقاضون، وبخاصة المحكوم لهم.

ثالثا: القاضي الراجع عن مذهبه أو الناسي له:

القاضي الراجع عن مذهبه:

تعرّض الفقهاء للقاضي الذي يغير مذهبه واجتهاده بعد النطق بالحكم - ومعلوم أن هذا لا يكون إلا في القضاء الترجيحي - واختلفوا على رأيين كما يأتي:

- ذهب أكثرهم إلى معاملة الحكم الأول كمعاملة أحكام القضاة المختلفين معه في المذهب: أي لا ينقضه، باعتباره رأيا شرعيا في مسألة خلافية، فهو إن كان قد غير رأيه فإن ذلك يؤثر فقط في الأقضية الجديدة التي يراها، أما ما تم القضاء فيه بالرأي القديم فلا يجوز نقضه. جاء في الكافي: «وإن تغير اجتهاده، ولم يخالف نصا، ولا إجماعا، لم ينقض حكمه، لما روي عن عمر ﷺ، أنه حكم في

---

(١) التاج والإكليل: ج٨/ص١٣٧.

(٢) الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

(٣) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤.

(٤) بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤.

(٥) انظر: الذخيرة: ج٨ ص١٢٢؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٢٥.

(٦) الذخيرة: ج٨/ص١٢٢.

المُشَرَّكة[١] بإسقاط ولد الأبوين، ثم شرك بينهم بعد، وقال: تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا[٢]. وقضى في الجد بقضايا مختلفة، ولم يرد الأولى؛ ولأنه لو نقض الحكم بمثله، لأدى إلى نقض النقض، وإلى أن لا تثبت قضية»[٣].

• وذهب آخرون إلى أنه لا يعامل معاملة أحكام القضاة الآخرين؛ بل ينقضه القاضي نفسه – دون سواه – إذا رأى غيره أرجح منه وأصح، فقد ورد في التاج والإكليل: «ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب»[٤]، وأن هذا الحكم يكون أيضا: «في المقلد إذا كان من أهل الترجيح، كما إذا حكم بقول ابن القاسم[٥] مثلا، ثم ظهر أن قول سحنون[٦] مثلا أرجح منه وبالعكس»[٧].

(١) المسألة المُشَرَّكة: هي إحدى مسائل الميراث التي فيها زوج، وأم، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فللزوج النصف، وللأم السدس، واختلف حول الثلث الباقي، فقيل للأخوة لأم، وهنا يسقط الأخوة الأشقاء، وقيل يشتركون مع الإخوة لأم في الثلث، وكان عمر ﷺ قضى بالرأي الأول مرة، ثم هم أن يقضي بذلك في قضية أخرى مشابهة، فقال الإخوة لأب: هب أن أبانا كان حمارا أو حجرا ألسنا من أم واحدة، فقضى بتشريكهم في الثلث، فسميت لذلك بالمسألة المشركة، أو المسألة الحمارية أو الحجرية. انظر: المبسوط: ج٢٩/ص١٤٤-١٥٥، كشاف القناع: ج٤/ص٤٢٩.

(٢) جزء من أثر أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (٢١١هـ)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط٢، المجلس العلمي، جوهانسبرج،(١٤٠٣هـ-١٩٨٣م): كتاب الفرائض برقم ١٩٠٠٥، ج١٠/ص٢٤٩؛ السنن الكبرى للبيهقي: ج٦/ص ٢٥٥؛ وقال الحافظ الذهبي «هذا إسناد صالح»، انظر: ميزان الاعتدال في نقد الرجال، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق علي محمد معوض وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م): حرف الحاء، ترجمة الحكم بن مسعود الثقفي، برقم ٢١٩٩، ج٢/ص٣٤٦.

(٣) الكافي، لموفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م): ج٤/ص٢٣٣؛ وانظر: الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٧٥-٧٧، تحقيق رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى، مجلة البحوث الإسلامية: ج١ العدد (١٧) ص٢٣٣-٢٣٦.

(٤) التاج والإكليل: ج٨/ص١٤١، وانظر: أحكام القرآن لابن العربي: ج٣/ص٢٦٦.

(٥) هو: أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة الفقيه المالكي (ت١٩١هـ)؛ جمع بين الزهد والعلم، وتفقه بالإمام مالك، وصحبه عشرين سنة، وهو صاحب "المدونة" في مذهب مالك، وعنه أخذها سحنون، وتوفي بمصر. انظر: وفيات الأعيان: ج٣/ص١٢٩-١٣٠.

(٦) هو: عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون،(ت٢٤٠هـ) قاض وفقيه وزاهد، لا يهاب سلطانا في حق يقوله. أصله شامي، من حمص، ولد في القيروان. ولي القضاء بها إلى أن مات، روى "المدونة" في فروع المالكية، عن بن القاسم عن الإمام مالك. انظر: تاريخ قضاة الأندلس (المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا)، لأبي الحسن علي بن عبد الله بن محمد بن محمد بن الحسن الجذامي النباهي المالقي الأندلسي (ت: نحو ٧٩٢هـ)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط٥، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م): ص٢٨؛ الأعلام للزركلي: ج٤/ص٥.

(٧) شرح مختصر خليل للخرشي: ج٧/ص١٦٦.

القاضي الذي يحكم وهو ناس لمذهبه:

تعرض الفقه الإسلامي المتلعق بالقضاء الترجيحي للقاضي الذي يسهو عن مذهبه، فيحكم بمذهب آخر غير متعمد، فورد في التاج والإكليل أنه: «إن قصد إلى الحكم بمذهب، فصادف غيره سهوا فهذا يفسخه هو دون غيره»[١]، وسبب عدم نقض غيره له أن: «ظاهره الصحة لجريانه على مذهب العلماء، ووجه غلطه لا يعرف إلا من قوله، إلا أن تشهد بينة أنها علمت قصده إلى الحكم بغيره فوقع فيه، فينقضه من بعده كما ينقضه هو»[٢].

ولا يتصور أن يكون لهذه الأحكام محل في القضاء القانوني؛ حيث لا عبرة بتذكر القاضي أو نسيانه، والعبرة بتطبيقه للحكم الذي يسنه الحاكم العام (القانون).

إشكالية الحكم الباطل والحكم المنعدم:

تفرق بعض النظم القانونية الحديثة[٣] بين الحكم الباطل الجدير بالنقض، والحكم المنعدم الذي اعتراه بطلان جسيم يجعله أهلا لرفع دعوى مبتدأة بالبطلان الأصلي أمام أي محكمة، ودون ارتباط بشروط الطعن ومواعيده، وتسمية ذلك بـ(الحكم بالمنعدم) فيها قدر من التجوز؛ لأن الحكم إذا انعدم لم يعد حكما أصلا، لفقدانه وجوده الحقيقي.

وأهمية هذه المسألة تكمن في الآتي:

- أن الحكم المنعدم – في النظم التي تتبنى مفهومه – لا يرتبط بشروط الطعن في الأحكام، ولا بمواعيده، فلا يمنع بزعم أنه نهائي، أو باتٌّ، أو أن موعد الطعن فيه قد انقضى.
- أن قضاة النقض يكونون من أعلى القضاة علما وخبرة، ويكونون عادة أكبر سنا، وأقل عددا ممن دونهم في السلم القضائي، فكان من الأولى عدم شغلهم بالدعاوى ظاهرة البطلان، التي يكفي لشدة وضوحها أن يبطلها أي قاض، مثل أن يصدر الحكم ممن لم تعقد له ولاية القضاء، أو أن يجتمع قاض مع الخصوم في بيته ويحكم بينهم، فأمثال هذا الأحكام ينبغي ألا تشغل بها ساحات محاكم النقض، بل يدفع بانعدامها أو بطلانها أمام قاضي التنفيذ، ويحتج بانعدامها في كل موقف.

فهل استثنى فقهاء الشريعة طائفة من الأحكام، وجعلوا لها هذا وصف الأحكام المنعدمة؟ هذا ما نتعرض له الدراسة هاهنا.

---

(١) التاج والإكليل: ج٨/ص١٤٢، ونسبه إلى ابن محرز.

(٢) السابق: ج٨/ص١٤٢.

(٣) انظر: م١٤٦-١٤٧ مرافعات مصري؛ م٥٥-٥٨ مرافعات يمني؛ أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٠-٢٧٣.

لم يعثر الباحث على ما يفيد تفرقة الفقه الإسلامي المتعلق بالقضاء بين الحكم الباطل الأهل للنقض، والحكم المنعدم الذي يعد غير موجود، وانما كانت هناك إشارات غير صريحة في ذلك، مثل قول القرافي في الذخيرة: «إذا عزل القاضي أو مات وهو جائر، لا ينفذ شيء من أحكامه، واستوقف[١] النظر فيها؛ لأن حكمه كلا حكم»[٢]، فجعل حكمه كـ "لا حكم"، وكأنه غير موجود، ولكن هذا ليس صريحا منه بكونه منعدما، أو أنه يختلف عن نقض غيره من الأحكام، ومما يعضد ذلك أن بعض المالكية أصلوا لنقض أحكام القاضي الجائر[٣].

وعبارة (لا حكم) وردت أيضا في حاشية البجيرمي، حيث قال: «وإذا حكم فبان بمن لا تقبل شهادته، أو خلاف نص أو إجماع أو قياس جلي بان أن لا حكم»[٤] فجعلها في وصف الحكم الذي هو أهل للنقض أصلا، وذلك لمخالفة الدلائل الشرعية أو الواقعية.

يؤيد ذلك أن الجمل في حاشيته نفى رجحان دلالة العبارة على عدم الاحتياج إلى النقض، فقال: «قوله (بان أن لا حكم): قضيته أنه لا يحتاج إلى نقض، والمعتمد أنه لابد منه»[٥].

ويفهم من عبارة (لا يحتاج إلى نقض) وجود رأي مرجوح بأن الحكم المخالف للأمور المذكورة ظاهر البطلان، بشكل يجعل المحكوم عليه لا يحتاج إلى حكم آخر بنقضه، ويكفي أن يشير إلى بطلانه إزاء كل من يطالبه بحق مترتب عليه، ولكن الرأي المعتمد في المذهب الشافعي أنه لابد من نقضه، ويبدو أن ذلك الرأي المرجوح يشبه مفهوم الحكم المنعدم في النظم القانونية الحديثة[٦] التي أخذت به، لكنه على أي حال يشمل جميع حالات بطلان الحكم القضائي، أي يسوي بين الباطل والمنعدم، ويضعها جميعا في خانة الانعدام.

وقد أيد بعض الباحثين المعاصرين[٧] أن الفقه الإسلامي لا يعرف تقسيم الأحكام القضائية إلى باطل ومنعدم، فقال: «الفقه الإسلامي لا يعرف التقسيم بين البطلان المطلق والانعدام؛ إذ البطلان فيه لا يحتاج إلى نص ولا إلى تقرير قضائي، ومن ثم فإن التصرف غير الشرعي إذا ما دفع

---

(١) كذا بالأصل، ولعل الصواب هو «استؤنف».

(٢) الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤؛ بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٣٧.

(٤) البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٥٤.

(٥) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥١.

(٦) انظر: م١٤٦-١٤٧ مرافعات مصري؛ م٥٥-٥٨ مرافعات يمني؛ أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٠-٢٧٣.

(٧) درجات التقاضي في الفقه الإسلامي وتجربة تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان، رسالة دكتوراة، للباحث حيدر أحمد دفع الله، إشراف أ.د/ يوسف محمود قاسم، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م): ص١٠٢.

بالبطلان فهو والانعدام سواء».

ويبدو أن فقهاء الشريعة الإسلامية في عهد القضاء الترجيحي لم يفرقوا بين الحكم الباطل والحكم المنعدم لسببين:

- أن هذه التفرقة تحتاج إلى تقنين عام يفرض شروطا معينة في الحكم، كأن يصدر مكتوبا، وأن يوقع عليه قاضيه، فإذا ما خولفت هذه الشروط فقدَ الحكم وجوده القانوني طبقا لما سنه الحاكم العام، وقد تعرضت الدراسة فيما سبق[١] لأحكام القاضي الجائر والمقلد، والخلاف حولها، بما يعني أن الفقهاء لم يتفقوا بشأنها، ولم يثبت أن سلطة حاكمة قد فرضت رأياً يرفع الخلاف في مثل تلك المسائل في عهد القضاء الترجيحي.
- أن من أكبر آثار تلك التفرقة بين الحكم الباطل والمنعدم هي خضوع الحكم الباطل لشروط الطعن ومواعيده وإمكان اكتسابه صفة النهائية الباتة، في حين أن تلك الأمور لا يخضع لها الحكم المنعدم - عند النظم الآخذة به - ولأن تلك الآثار لم تكن موجودة في النقض في القضاء الترجيحي؛ فالحكم ربما نقض ثم نقض نقضه، وكان لا يرتبط بزمن أو ميعاد، فلم يكن ثمة حاجة لتمييز الحكم المنعدم عن الباطل.

ورغم عدم وجود تصريح بهذه القسمة - إلى حكم باطل وحكم منعدم - فيما اطلع عليه الباحث من مصادر الفقه القضائي الإسلامي، إلا أنه يجوز القول بأنها أقرب إلى روح الفقه الإسلامي عموما؛ حيث إن كثيرا من فقهاء الشريعة الإسلامية قد قرروا في مواضع كثيرة، تند عن الحصر أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا[٢]، بيد أنهم لم يطبقوها في هذا المجال؛ لأن النقض حتى عهد مجلة الأحكام العدلية كان يتم عبر أي قاض، فلم يثبت - كما تبين في مبحث محكمة النقض - أنه خُصصت محكمة للنظر في نقض الأحكام آنذاك، فلم تكن ثمة حاجة لأن يتفرغ قضاة النقض للنظر في الأحكام الباطلة دون الأحكام المنعدمة.

وتترجح التفرقة بين الحكم الباطل بطلانا يحتاج إلى نظر وخصومة وطعن، والباطل بطلانا ظاهرا يبدو الحكم معه كالمعدوم، مثل أن يصدر الحكم من غير مؤهل، أو أن يصدر على متوفى، أو أن يصدر في غير مجلس قضاء؛ لئلا تكتظ محاكم النقض بدعاوى طعن ضد أحكام ظاهرة الانعدام.

إذا تقرر هذا فالأولى أن نقسم أنواع الخلل في الحكم القضائي - من غير جهة الأدلة الشرعية والواقعية - إلى قسمين:

- قسم يؤدي إلى بطلان ظاهر أو انعدام في الحكم

---

(١) انظر: ص١٢٤ - ١٢٦ من هذا البحث.

(٢) انظر: الفروق: ج٢/ص٨٤-٨٦؛ التاج والإكليل: ج٦ ص٧٠-٧١؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ج٣٦ ص٣٥.

- وقسم يحتاج في إثبات بطلانه إلى خصومة، وإلى نظر من قضاة النقض.

تنويه:

ومما يجدر ذكره هاهنا أن ذلك النوع من الخلل الذي يعتري الحكم القضائي من جهة أخرى غير أدلته الشرعية والواقعية قد احتوى على صور أخرى، أدرجها فقهاؤنا ضمن النقض بمفهومه الواسع، ولكن هذه الدراسة سوف تتناولها في فصول لاحقة، وذلك مثل ما يأتي:

- الحكم الغيابي، وهو خلل يعتري الحكم من جهة الخصوم، وسيدرس في فصل مستقل – الفصل الثالث – لأن النظم الحديثة درجت على فصله عن النقض، ولأن له أحكاما يستقل بها، وجدير بالذكر أن نظام المرافعات السعودي يدرجه ضمن التماس إعادة النظر.
- الحكم الذي يناقض بعضه بعضا، أو الحكم بما لم يطلبه الخصوم، وهو خلل من جهةٍ غير الأدلة الشرعية والقانونية، وسوف يدرس ضمن التماس إعادة النظر حسبما سارت عليه بعض النظم الحديثة، وذلك في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثاني

أسباب النقض في بعض النظم القانونية الإسلامية

أسباب النقض في مجلة الأحكام العدلية:

من أبرز المراجع الفقهية في مجال الطعن بالنقض في النظم القانونية الإسلامية مجلة الأحكام العدلية، حيث نظمت الطعن بالنقض، ووضعت ملامحه في ظل الأمر السلطاني الذي رفع الخلاف في أكثر المسائل التي تم تناولها في المطلب السابق.

ومجلة الأحكام العدلية لم تكن سوى تتويج لمحاولات تقنينية سابقة، كقانون الجزاء العثماني الصادر سنة ١٢٧٤هـ[١]، والفتاوى الهندية (العالمكيرية)[٢]، وغير ذلك من محاولات لتوحيد القضاء، وإلزام القضاة بآراء موحدة يطبقونها على الأقضية، بحيث ينقض ما خالفها.

بل يمكن القول إنها كانت خطوة على طريق طويل من التطور الذي بدأ في عهد الخلفاء الراشدين بالإلزامات المحدودة التي رويت عنهم[٣].

ومجلة الأحكام العدلية قد نصت ضمن موادها وشروحها في أكثر من موضع على نقض الحكم القضائي المخالف لأمر السلطان، ويقصد بأمر السلطان إلزامه القانوني الذي من شأنه رفع الخلاف في المسائل الاجتهادية.

فقد نصت المادة: (١٨٠١) من المجلة على أن القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان، وباستثناء بعض الخصومات، وأضافت إلى ذلك أنه يتقيد أيضا بإلزام السلطان في الأمور الخلافية برأي معين، حيث جاء فيها: «وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص؛ لما أن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه»[٤].

وورد في شرح المادة (١٨٠٢) من المجلة أن: «الحكم المخالف للأمر السلطاني مردود»[٥].

---

(١) صدر قانون الجزاء العثماني سنة ١٢٧٤هـ لتنظيم أحكام العقوبات. انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا: ج١/ص٢٤٠.

(٢) انظر: السابق: ج١/ص٢٣٧.

(٣) مثل إيقاع عمر ﷺ الطلاق الثلاث ثلاثا في عهد خلافته، خلافا لما كان مطبقا قبل عهده، وكان هذا تعميما ملزما للقضاة أكثر من كونه للرعية، وإلى هذا ذهب الدكتور وهبة الزحيلي حيث قال: «ثم إن هذا الحكم إنما هو في القضاء، أما في الديانة فإن كل واحد يعامل فيها بنيته» الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية، والآراء المذهبية، وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، د. وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤: ج٩/ص٣٨٥.

(٤) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٠١ ص٣٦٧؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٨.

(٥) السابق: ج٤/ص٦٠٧.

كما جاء في شرح المادة (١٨٠١) أنه: «قد ورد في تقرير المجلة أنه من الواجب العمل بأمر إمام المسلمين بالعمل بأحد القولين في المسائل المجتهد فيها، فعلى ذلك ليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، فإذا عمل وحكم لا ينفذ حكمه؛ لأنه لما كان القاضي غير مأذون بالحكم بما ينافي ذلك الرأي فلم يكن القاضي قاضيا للحكم بالرأي المذكور»[(١)].

وبناء على ذلك يمكن القول بأن الحكم القضائي المخالف لما قرره الحاكم العام، وأمر به يكون عرضة للنقض بسبب هذه المخالفة، ويدخل من ضمن ما قرره الحاكم العام الاختصاص، بمعنى أن القاضي الذي يقضي وهو خارج الاختصاص الزماني، أو المكاني، أو الموضوعي، أو القيمي، فحكمه أيضا يكون عرضة للنقض بسبب هذه المخالفة.

فالنقض كان قبلُ يتم بحسب ما يترجح للقاضي، أي بحسب مذهبه ورأيه فيما ينقض وما لا ينقض، وبحسب التفاصيل الواردة في المطلب السابق، أما في ظل هذا النظام القانوني فهو يتم بناء على ما يرجحه ولي الأمر، ويسنه للقضاة.

وبالرغم من كون المجلة وصفت بأنها أول تنظيم قانوني مدني يظهر في البلدان الإسلامية - كما أشار إلى ذلك بعض الباحثين[(٢)] - وبالرغم من كونها كللت الجهود السابقة في مجال إلزام القضاة بآراء موحدة - أقول وبالرغم من ذلك كله، فإنها لم تستوعب كل شيء، بل تركت الكثير والكثير لترجيحات الفقهاء، بمعنى أنها ضيقت دائرة الإلزام، وذلك خلافا لما هو قائم اليوم في الأنظمة المعاصرة، فالمجلة سَمحت للقضاة من غير الحنفية أن يقضوا وفق مذاهبهم، بل منعت القاضي الحنفي أن ينقض أحكامهم بسبب الخلاف المذهبي، فقد جاء في شرح المادة (١٨٣٨) أنه: «لو كان القاضي الأول شافعي المذهب، فحكم بموجب مذهبه، ثم عرض هذا الحكم استئنافا على القاضي الحنفي، فلا ينقض القاضي الحنفي ذلك الحكم، ولو كان مخالفا لمذهبه، بل يصدقه، كذلك لو كان القاضي الأول حنفيا، وحكم بموجب مذهبه، وعرض الحكم ثانية على القاضي الشافعي، فليس للقاضي الثاني المذكور نقض الحكم، بل عليه تنفيذه؛ لأنه حسب المادة (١٦) من المجلة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)؛ لأن الاجتهاد الأول قد تأيد بالقضاء والحكم... ما لم يكن حكم القاضي الأول مخالفا للكتاب والسنة المشهورة أو إجماع الأمة»[(٣)].

وقد تعرضت مجلة الأحكام العدلية للنقض في المادة (١٨٣٨)، وهي تنص على أنه: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٠٢.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا: ج١/ص٢٤٠.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦؛ وانظر: ج٤/ص٦٨٩.

موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق والا يستأنف»(١)، وذلك يعني أن السبب الرئيس للنقض هو مخالفة الأصول المشروعة، علاوة على ما تقدم من مخالفة أمر السلطان في المسائل الخلافية.

وقد بين الشارح في شرح تلك المادة ما هو المقصود بالأصول المشروعة بضرب أمثلة، دون تفصيل، فتناول القرآن والسنة والإجماع بالتمثيل كما يأتي:

الأحكام المخالفة للقرآن:

جاء في شرح المجلة: «الأحكام المخالفة للكتاب هي: كأن يحكم القاضي الشافعي بحل أكل لحم الحيوان الذي تركت التسمية عليه عمدا حين ذبحه؛ لأن هذا الحكم يحلل الحرام الذي حرمه الله تعالى في قرآنه الكريم بقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ...﴾ (٢) فهو مخالف للنص، فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي يبطله»(٣).

فاكتفى بضرب مثال، ولم يتعرض لأثر ظنية الدلالة أو قطعيتها في النقض، وقد تبين كيف كانت مثار خلاف بين الفقهاء في القضاء الترجيحي، ويبدو أن هذا الشرح لم يكن يتمتع بما تتمتع به مواد المجلة من قوة إلزامية رافعة للخلاف، وذلك يبرر أنه اكتفى بالتمثيل، ولم يقنن لتفصيلات المخالفة للنص القرآني الجلي أو الخفي.

نستخلص من ذلك أن النظام العثماني لم يكن قانونيا تماما، وأنه كان طورا أوليا في نمو القضاء الإسلامي القانوني الخالص.

الأحكام المخالفة للسنة:

جاء في شرح المجلة: «الأحكام المخالفة للسنة المشهورة: إذا عين ولي القتيل رجلا من أهالي المحلة أنه قاتل مورثه، وحلف اليمين يُحكم على ذلك الرجل بالقصاص عند الإمام مالك، فإذا حكم القاضي المالكي بقصاص رجل على هذا الوجه، وعرض هذا الحكم على قاض حنفي فلا ينفذ هذا الحكم، بل يفسخه ويبطله؛ لأن هذا الحكم مخالف للحديث الشريف القائل: (البينة على المدعي، واليمين على

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٢) [الأنعام: ١٢١]

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٧.



من أنكر)[١]»[٢].

وهنا نرى النص على السنة المشهورة حصرا، أي لم يكتف بالمتواترة، ولم ينص على الآحاد، ولكنه يبدو أنه كسابقه لم يكن يرفع الخلاف بين القضاة، لكونه ليس في مواد المجلة، ولكونه ترك القضاة يقضون بالراجح في مذاهبهم، كما أنه قد تبين أن بعض الحنفية ذهبوا إلى نقض الحكم المخالف للسنة المتواترة فقط، وبعضهم ذهب إلى نقض الحكم المخالف للسنة المشهورة، علاوة على الآراء المذكورة في غير المذهب الحنفي[٣].

الأحكام المخالفة للإجماع:

جاء في شرح المجلة: «الأحكام المخالفة للإجماع: كأن يعرض الحكم الذي أصدره قاض في مسألة اجتهادية على قاض آخر، فيحكم القاضي الآخر بإبطال الحكم الأول»[٤].

والمثال الذي ضربه الشارح هنا هو في نقض النقض، أي إن القاضي الأول حكم بحكم مجتهد فيه، ثم رفع الحكم إلى قاض ثان فنقضه، ولما كان نقضه هذا مخالف لإجماع العلماء – بحسب الشارح – على نفاذ الحكم في المجتهدات، وعدم جواز نقضه، فإنه استحق النقض من القاضي الثالث.

جدير بالذكر أن الشارح – بوصفه حنفي المذهب – لم يذكر النقض لمخالفة القياس، بأي من نوعيه: الجلي والخفي، ولم يذكر النقض لمخالفة القواعد، ولم تتبن المجلة الرأي الراجح بشأنهما، بل تركت ذلك لترجيح القضاة ومذاهبهم، وبقيت السمة القانونية فقط في القول بنقض الحكم المخالف للأصول المشروعة، والحكم المخالف لما يرجحه السلطان ويسنه في مسائل الخلاف، وكانت هذه بمثابة الخطوة الأولى نحو التقنين الإسلامي الكامل.

مما تقدم يمكن القول إن أسباب نقض الحكم القضائي – طبقا لمجلة الأحكام العدلية – هي:

- مخالفة الأصول المشروعة، وهي – طبقا للشيخ علي حيدر شارح المجلة – الكتاب والسنة (المشهورة) والإجماع

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي: كتاب الدعوى والبنات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ج١٠/ص٢٥٢، حسنه ابن رجب. انظر: جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، للإمام أبي الفرج زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين الشهير بابن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): الحديث الثالث والثلاثون، ج٢/ص٢٢٦.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٧-٦٨٨؛ وانظر: مجلة الأحكام العدلية: م٧٦ ص٢٥.

(٣) انظر: الذخيرة: ج٨/ص١٢٨-١٣١، التبصرة: ج١/ص٧٨-٧٩؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٤٠؛ وانظر أيضا: شرح مختصر خليل للخرشي: ج٧/ص١٦٣؛ الأم: ج٧/ص٩٨، أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣، الإنصاف: ج١١/ص٢٢٢-٢٢٥، كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٨.

- مخالفة ما اتخذه السلطان أو أمر به من ترجيحات فقهية
- مخالفة ما يأمر به السلطان من قواعد الاختصاص (المكاني، أو الزماني، أو الموضوعي، أو القيمي).

أسباب النقض في نظام المرافعات الشرعية السعودي:

مع كون النظام المطبق في المملكة العربية السعودية ما زال يسمح للقضاة بالترجيح، ولا يلزمهم بأحكام في كثير من الأقضية، إلا أن به العديد من الأنظمة (القوانين) الملزمة للقضاة، علاوة على أنه بعد نقاش طويل قررت المملكة التحول نحو تقنين الشريعة واعتمد الملك مشروعا بتدوين الأحكام التي سيلزم القضاة بها[١].

وفي مجال النقض نص نظام المرافعات السعودي الجديد على أنه: «للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي:

١- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها
٢- صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلا سليما، طبقا لما نُصَّ عليه نظاما
٣- صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة
٤- الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفًا غير سليم»[٢].

يلاحظ من هذه المادة أن أسباب النقض تنحصر في الآتي:

أولا: مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وهي الشريعة القطعية، فمخالفتها هي التي تسمى بمخالفة الشريعة، أما الاجتهاديات والخلافيات فلا يطلق عليها مخالفة الشريعة.

وهذا السبب هو الذي ورد في الجزء الأول من الفقرة الأولى من المادة السابقة، وهذا السبب بمعناه الواسع – مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية – قد يشمل كذلك وصف الواقع وتكييفه الوارد في الفقرة الرابعة؛ لأنه من قبيل مناط الحكم، أو واقعه، فالخطأ في وصف الواقع وتكييفه يؤدي إلى الخطأ في إنزال الدليل عليه، وهذه تلحق بمخالفة الشريعة بمعناها الواسع.

وباللغة المعاصرة يمكن القول إن سلطة المحكمة العليا هنا هي مراقبة تكييف الوقائع ووصفها، لا إثباتها، فإن إثباتها يكون فقط من سلطة قاضي الموضوع، أما المحكمة العليا بوصفها محكمة نظام (قانون) فإنها تراقب تكييف الوقائع ووصفها؛ لأن ذلك يدخل في الرقابة النظامية الشرعية (القانونية).

---

(١) انظر: مقال بعنوان (تدوين الأحكام القضائية أمام كبار العلماء اليوم) بقلم: تركي الصهيل، نقلا عن الدكتور عبد الرحمن الجرعي، صحيفة الشرق الأوسط ١٠٨٥٤ بتاريخ ١٦/ ٨/ ٢٠٠٨م.

(٢) م١٩٣ مرافعات سعودي جديد.

ثانيا: مخالفة ما يسنه ولي الأمر، وهذا يعني ما يرجحه ويسنه في الاجتهاديات، فيرتفع بها الخلاف، وهذا ما جاءت به العبارة الثانية من الفقرة الأولى في المادة السابقة، وقد تقدم التأصيل الفقهي لهذا الأمر بما يغني عن الإعادة(١).

ومعنى هذا أن ولي الأمر إن أصدر نظاما (قانونا) في مسألة خلافية اجتهادية، وكان رأيه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وخالفه قاض في حكمه لأي سبب كان، فإن حكم ذلك القاضي يكون محلا للاعتراض (الطعن) بالنقض، وهو يلتقي مع ما قالت به مجلة الأحكام العدلية، وهو لب النظام القضائي القانوني، وهو ما رفضه جمهور الفقهاء في القضاء الترجيحي، وهو أيضا ما رجحه وأيده أكثر العلماء المعاصرين، كما تبين في المدخل التمهيدي لهذه الدراسة.

ثالثا: صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلا سليما، وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة السابقة، وهو قد تنوول في الفقه الإسلامي على أنه من الأمور التي تسبب نقض الحكم، من جهة كونها من موانع القضاء، وقد سبقت الإشارة إلى أن من بينها أسباب بطلان شديد، أو خلل جسيم، وترجح أن تندرج ضمن أسباب انعدام الحكم، فلا تخضع لشروط الطعن، ولا ترتبط بآلياته.

رابعا: مخالفة ما يأمر به ولي الأمر من قواعد الاختصاص، وهذه ما وردت به الفقرة الثالثة، وقد سبقت الإشارة إلى أقوال الفقهاء في ذلك، واعتبارها من باب صحة عقد ولاية القضاء، والتي في حالة فسادها الاختصاصي يبطل الحكم(٢).

أسباب النقض في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني:

ورد في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني أن أسباب النقض هي كما يأتي:

«١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة الشرع والقانون، أو خطأ في تطبيق أيٍ منهما، أو تأويله، أو لم يبين الأساس الذي بُنِيَ عليه

٢- إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثّر في الحكم، أو كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض

٣- إذا حُكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه

٤- إذا تعارض حكمان نهائيان في دعويين اتحد فيهما الخصوم والموضوع والسبب»(٣).

وقد يلاحظ هنا إضافة مناقضة الحكم بعضه بعضا، والحكم بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر

---

(١) انظر: ص٤٥-٤٦ من هذا البحث.

(٢) انظر: ص٦٢-٦٣ من هذا البحث.

(٣) م٢٩٢ مرافعات يمني.

مما طلبوه، وهذان السببان قد تكررا في قانون المرافعات اليمني في أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر[١]، ومعنى ذلك أن المشرع اليمني أتاح لمن تحقق لديه أي من هذين السببين أن يطعن - اختياريا - بالنقض أو التماس إعادة النظر، وجدير بالذكر أن قانون المرافعات المصري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي قد أدرجا هذين السببين ضمن التماس إعادة النظر[٢]؛ لكونهما من الأمور التي قد تحدث دون قصد من القاضي، بمعنى أنه إذا عرض عليه الأمر، وتنبه إليه فإنه يتغير حكمه، وسوف تتعرض الدراسة لذلك تفصيلا في الفصل الخاص بالتماس إعادة النظر.

---

(١) انظر: م٣٠٤/٧-٨ مرافعات يمني.

(٢) انظر: م٢/٢٠٠ مرافعات سعودي جديد؛ م١٩٢ مرافعات سعودي قديم؛ م٢٤١ مرافعات مصري؛ وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦-٣٥٤؛ المرجع: ص٤٩٠-٤٩١؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٩٠-٦٩١؛ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٨-٩٣٤.

المطلب الثالث

أسباب النقض في قانون المرافعات المصري

يقسم قانون المرافعات المصري طرق الطعن في أحكام القضاء إلى أربعة طرق، وهي المعارضة، والاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر، ويطلق على المعارضة والاستئناف أنهما طريقا الطعن العاديان، وبحسب بعض فقهاء القانون[١]، فإن الطرق العادية «سميت كذلك لسببين:

أ- أن الأصل فيها أنه يجوز للمحكوم عليه ولوجها ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ب- أن القانون لم يحصر أسبابها...».

أما النقض والتماس إعادة النظر فهما طريقا الطعن غير العاديين، وهما ما ينص القانون على أسبابهما على سبيل الحصر، وعلى هذا فالنقض محصور بأسباب معينة، بحيث إذا طعن أحد بالنقض لأسباب غيرها فإن طعنه لا يقبل طبقا للقانون.

وأسباب النقض تحصر - طبقا للمادتين ٢٤٨، ٢٤٩ - في الآتي:

١. مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله

٢. وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم

٣. تناقض حكمين نهائيين صادرين من أي محكمة[٢].

وهذه الأسباب الثلاثة تعد سببا واحدا في نظر بعض فقهاء القانون[٣] الذي قال: «رغم أن المشرع يجعل مخالفة القانون La violation de la loi أحد أسباب الطعن بالنقض (م ١/٢٤٨)، فإنه يمكن القول بأن مخالفة القانون بمعناها العام هي السبب الوحيد للطعن بالنقض التي نص عليها القانون أن تكون صورا لهذه المخالفة أو نوعا منها... فإن وقوع بطلان في الحكم، أو في الإجراءات أثر في الحكم لا يكون إلا بمخالفة القواعد القانونية المتعلقة بإجراءات التقاضي وأوضاعه، كما أن صدور حكم على خلاف حكم آخر يخالف نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات التي تنظم حجية الأحكام، لهذا آثر المشرع الفرنسي في المادة ٦٠٤ من قانون المرافعات الجديد بعد تعديله في ٧ نوفمبر سنة

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٠٥ بند٥٧٣؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٥٩٧.

(٢) انظر: السابق: ص٧٠٨-٧٢٣؛ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٦٩٨-٦٩٩.

(٣) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١٦٥-١١٦٦ بند٦٩٠؛ وانظر: عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط٢، ١٩٥٤م: ص٥٤٨ بند٤٤٠؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٤٧.

١٩٧٠م العدول عن تعداد الحالات التي يجوز الطعن فيها بالنقض، وجمعها جمعيا[١] في سبب واحد هو مخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد القانون».

إذن فالسبب العام للنقض هو مخالفة القانون، أي إن الأحكام التي يجوز نقضها هي الأحكام المخالفة للقانون بمعناه العام.

فلابد في الحكم المطعون فيه أن يكون به مخالفة للقانون بمعناه العام، وإن لم ينطوي على تلك المخالفة تحكم محكمة النقض برفضه، ومن تطبيقات ذلك أن حكمت محكمة النقض المصرية برفض الطعن المقام على سبب مجهل، وهو - بحسب الطاعنة - إغفال محكمة الاستئناف الرد على دفاعها بمذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف، وقالت المحكمة: «لم تبين الطاعنة بسبب النعي ماهية الدفاع الذي تمسكت به بمذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف، استظهارا للعيب الذي تعزوه للحكم، وموضعه منه، وأثره في قضائه فإنه يكون مجهلا، ومن ثم غير مقبول»[٢].

وكذلك لا يجوز الطعن بسبب يتعلق بالفهم المحتمل الذي تمارسه محكمة أول درجة، بل لابد أن يكون هناك مخالفة واضحة وصريحة للقانون، ومن تطبيقات ذلك أن حكمت محكمة النقض المصرية برفض طعن مبني على جدل فيما لمحكمة الموضوع سلطة عليه، وقالت محكمة النقض: «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتفسير الاتفاقات والمحررات؛ للوقوف على حقيقة القصد منها، متى كان تفسيرها بما تحتمله عباراتها، وفي تقدير الأدلة المقدمة إليها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه، واستخلاص الحقيقة منها متى كان استخلاصها سائغا، وله أصله الثابت بالأوراق... ومن ثم فإن النعي عليه بسببي الطعن لا يعدو كونه جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تخرج عن نطاق رقابة محكمة النقض، بما لا يجوز معه إثارته أمامها، ويكون النعي بذلك غير مقبول»[٣].

أما ما لا يجوز فيه النقض، فيحتاج إلى تفصيل أكثر؛ إذ قد تكون هناك أحكام تخالف القانون، ومع ذلك لا يجوز نقضها طبقا للقانون المصري، وبالتالي فالاكتفاء بالضابط العام في تحديد ما لا ينقض بأنه (الحكم الموافق للقانون) فيه شوب تبسيط مخل؛ فيمكن تفصيل ما لا يجوز نقضه في النقاط الآتية:

---

(١) كذا بالأصل، ولعل الصواب «جميعا».

(٢) طعن مدني رقم ٦٠٤٩ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م.

(٣) طعن مدني رقم ٣٥٢ لسنة ٧٣ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١٤م.

أولا: الحكم البات:

يعرف الحكم البات بأنه: «الحكم الذي لا يقبل الطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن العادية منها وغير العادية»[(١)].

والحكم البات على سبيل الحصر هو أحد ما يأتي[(٢)]:

- الحكم الذي حكمت فيه محكمة النقض، فاكتسب بتيته بحكمها
- الحكم الذي فوت الخصوم حقهم في الطعن بنقضه
- الحكم الذي منع القانون من الطعن فيه بالنقض[(٣)]، فجعله باتا بمجرد صدروه من غير محكمة النقض.

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة النقض بعدم قبول طعن بالنقض من أحد الطاعنين؛ لأنه قبل بالحكم الابتدائي ولم يستأنفه، وقالت المحكمة: «إذا كان الطاعن قد قبل بالحكم الابتدائي، ولم يستأنفه، وإنما استأنفه آخر من الخصوم، ولم يقض الحكم الاستئنافي بشيء أكثر مما قضى به الحكم المستأنف، فلا يقبل منه الطعن على ذلك الحكم بطريق النقض»[(٤)].

فمثل هذه الأحكام لا يطعن فيها بالنقض وإن كانت مخالفة للقانون، ولو كانت الأحكام بها بطلان أو خطأ جسيم.

صحيح أنه يقل أو يندر وقوع البطلان والمخالفة القانونية الجسيمة من محكمة النقض، وهي - غالبا - ثالث محكمة تنظر القضية، ويصعب أمر اتفاق قاضي أول درجة، مع حكم الاستئناف، مع حكم النقض على مخالفة قانونية، ويندر وقوع ذلك، لكن هذا لا يمنع الوقوع ولو نظريا، وستتعرض الدراسة لذلك بتفصيل أكثر في المبحث الخاص بآثار النقض.

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات: ٥٧٧، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٥٩٩، أسامة المليجي، الأحكام والأوامر: ص٢٤-٢٥، أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٩ بند٥١١/٤.

(٢) انظر: أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٤-٢٥، أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٩ بند٥١١، ص١٢٤١ بند٧٥٥.

(٣) هناك عدة قوانين نصت على نهائية الحكم القضائي المتعلق بها، انظر: قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م المادة ٤٨ «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن»، وانظر: قانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء محاكم أمن الدولة «تكون أحكام محكمة أمن الدولة العليا نهائية، ولا يجوز الطعن فيها بطريق النقص وإعادة النظر».

(٤) طعن مدني رقم ٦٥ لسنة ٧١ق - جلسة ٢٠٠٤/١/١٣م.

ثانيا: الحكم الابتدائي:

من الأحكام التي يمنع الطعن فيها بالنقض الأحكام الابتدائية القابلة للطعن بالاستئناف، حيث يقصر القانون الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف باعتبار الأصل(١).

فالمشرع المصري قد ارتأى أنه قبل الطعن بالنقض لابد أن يعاد نظر الموضوع أمام محكمة الاستئناف، فقد تصل هي للحكم الصائب، وقد تصحح الخلل قبل إعمال سلطة محكمة النقض رقابتها القانونية، وهذا الأمر معناه أن الخصوم إن اتفقوا وتراضوا بينهم على تفويت ميعاد الاستئناف، فذلك يعد أمارة على التنازل عن حقهم في النقض، وهذا قد يعد تسويغا لمخالفة القانون، إذا تراضى بها الخصوم، وهو أمر لا تسمح به الشريعة الغراء؛ وذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد نظروا إلى الحكم المستحق للنقض على أنه منكر تجب إزالته، ولا يجوز السكوت عنه، أو الرضا به مع ثبوت كونه مخالفا للشرع، بل جعلوا للقاضي أحيانا نقض الحكم دون طعن من أحد الأطراف، وحينئذ يؤمر الخصوم أمرا بإعادة الخصام(٢).

والاستئناف هو من طرق الطعن العادية، وهو درجة ثانية جوازية من التقاضي، فبناء النقض عليه، وهو أساسا لعلاج الخطأ القانوني الحادث في الحكم، قد يؤدي إلى استقرار بعض المخالفات القانونية، ولذلك لجأ المشرع الوضعي إلى محاولة سد ذلك الخلل بما يسمى طعن النائب العام لمصلحة القانون، وهو ما سنناقشه في المبحث الآتي المعنون بـ«الخصوم في الطعن بالنقض»، في المطلب الثالث منه.

ثالثا: الحكم الصحيح قانونا:

كان الأصل أن يكون هذا وحده قسيم ما يجوز نقضه في القانون، أي كان ينبغي أن يكون القسم الوحيد الذي يتأبى على النقض بنص القانون، وهو الأحكام الصحيحة شكلا وموضوعا، بحيث لم تعتر المخالفة القانونية إجراءاتها أو موضوعها.

ومن تطبيقات ذلك أن قالت محكمة النقض بأن الحكم الذي خلص إلى نتيجة صحيحة فإنه «لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية المؤدية لها؛ إذ لمحكمة النقض أن تستكمل هذه الأسباب بما تصلح لها دون أن تنقضه»(٣).

ولا يقتصر دور محكمة النقض - في هذه الحالة - على استكمال النقص في الأسباب؛ بل ربما تصحح ما قد يعتريها من أخطاء، فقد قالت محكمة النقض في حكم آخر: «وإذ انتهى الحكم المطعون

---

(١) انظر: م٢٤٨ مرافعات مصري.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤-٢٥٦.

(٣) طعن مدني رقم ٦٤٨ لسنة ٧٣ق - جلسة ٢٠٠٥/٦/١٣م.

فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة في القانون، وقضي برفض الدعوى فإنه لا ينتقص منه ما تضمنته أسبابه من تقريرات قانونية خاطئة، إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه الأخطاء بغير أن تنقضه»[١].

والحكم الصحيح في الشريعة الإسلامية هو ما احتمله الدليل ولو بوجه من الوجوه، أي ما يمكن التعبير عنه بأنه هو ما وافق مذهبا معتدا به في مسألة مجتهد فيها، وقد سبقت الإشارة إلى إعطاء فقهاء الشريعة أهمية للحكم القضائي، سواء في المجمع عليه أو المختلف فيه، وأنهم قالوا إنه يرفع الخلاف في موضوعه بالنسبة للخصوم، ويجب الامتثال له ديانة ما دام صحيحا من حيث الواقع والدليل.

بين الحكم الباطل والحكم المنعدم في قانون المرافعات المصري

الحكم الذي شابه بطلان شديد يخرجه إلى دائرة المنعدم لم يعتبره قانون المرافعات المصري موجودا أصلا، وأعطى لكل طرف الاكتفاء بالاحتجاج بعدم وجوده، وإمكان الاستغناء بذلك عن نقضه.

فالأحكام المنعدمة «هي الأحكام التي تعتبر غير موجودة، وغير منتجة لأي أثر قانوني، إما لتخلف ركن من أركان الحكم، كما إذا صدر من محكمة غير مشكلة تشكيلا صحيحا، أو صدر في دعوى رفعت على شخص متوفى، أو لم يكتب الحكم، أو كتب ولم يوقع عليه رئيس الجلسة، فإنه يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانها، كما يكفي الدفع بعدم وجودها كلما احتج بها، أو طلب تنفيذها»[٢].

فهي أحكام - بحسب وصف الدكتور أسامة المليجي - صدرت «مشوبة بعيوب بلغت من الجسامة بصورة تجرد فيها من أركانها الأصلية»، ويرى - والأمر كذلك - عدم صواب تسمية الدعوى المقامة ببطلانها "دعوى بطلان أصلية"، وأن تسميتها ينبغي أن تكون "دعوى انعدام الحكم"[٣].

ويفرق الدكتور عبد التواب مبارك بين الحكم الباطل والحكم المنعدم، فيرى أن الأول: «يعتبر موجود[٤] قانونا ومنتجا لآثاره القانونية، حتى يقضى ببطلانه بالطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانونا...»، ويرى أن الأحكام المنعدمة هي: «التي وصل الخطأ فيها إلى درجة من الجسامة تجعلها هي والعدم سواء، وبالتالي لا تعتبر - في نظر القانون - أحكاما، ومن ثم لا تخضع لقواعد الطعن في الأحكام»[٥].

---

(١) طعن مدني رقم ٤٧٤٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٤/٢/٨م.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٠١ بند٥٧٢.

(٣) انظر: أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٦٩-٢٧٠.

(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «موجودا».

(٥) عبد التواب مبارك، الوجيز في أصول القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٨م: ص٥٥٨ بند٢٩٨.

ويقول الدكتور محمود التحيوي: «وأما إذا تجرد الحكم القضائي من أركانه الأساسية، بحيث كان مشوبا بعيب جوهري جسيم يصيب كيانه، ويفقده صفته كحكم قضائي، ويحول دون اعتباره موجودا منذ صدوره، فإن هذا الحكم يعتبر منعدما، ويجوز في هذه الحالة رفع دعوى قضائية أصلية بطلب بطلانه»[١].

فالأحكام المنعدمة أحكام فاقدة للحجية، والحجية هي خاصية يكتسبها الحكم القضائي، ومعناها: منع أن ينظر في موضوع الحكم أمام القضاء مرة أخرى[٢]، أي إن قانون المرافعات لا يجيز عرض ذات الموضوع مرة أخرى على القضاء تكرارًا؛ لأن ذلك يعارض لمفهوم الحجية التي تمنع تناقض الأحكام وتأبيد المنازعات[٣].

وعرْض الحكم على محكمة الاستئناف ثم النقض ليس من قبيل عرض ذات النزاع مرة أخرى على القضاء، وليس معارضا لمفهوم الحجية، بل هو استخدام المتقاضين لحقهم القانوني في الطعن في الحكم، لاسيما أن القانون فصّل طرق الطعن وأسبابها.

وللحفاظ على الحجية منع القانون أن ترفع دعوى مبتدأة ببطلان حكم حائز للحجية؛ وبالتالي فإن «من يريد الاعتراض على قضاء الدرجة الأولى عليه ولوج سبل الطعن المحددة في القانون»[٤]، وقد نصت المادة (١١٦) من قانون المرافعات المصري على أن: «الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها».

ويستثنى من هذا الأصل حالة الحكم الباطل بطلانا يجعله كالحكم المعدوم، وقد أجاز القانون رفع دعوى أصلية ببطلانها، أو الدفع بعدم وجودها أصلا.

وعلى هذا فالبطلان نوعان في القانون المصري:

- النوع الأول: بطلان عادي يطعن فيه بالنقض؛ لكون البطلان قد نص عليه في الأسباب الموجبة للنقض «٢- إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم»[٥]، ولا يجوز في هذا النوع رفع دعوى مبتدأة بالبطلان الأصلي (الانعدام).

---

(١) محمود السيد عمر التحيوي، نظام القضاء المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠١م: ص٤٤.

(٢) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٥٩٣.

(٣) الحجية مبدأ موجود في الحكم القضائي الإسلامي، وهناك مادة في مجلة الأحكام العدلية بهذا المعنى تقول: «لا يجوز رؤية وسماع الدعوى تكرارا التي حكم وصدر إعلام بها توفيقا لأصولها المشروعة أي الحكم الذي كان موجودا فيه أسبابه وشروطه». مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٧ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٤، مما يرد على مزاعم المستشرقين بأن الحجية ليست موجودة في الحكم القضائي الإسلامي.

(٤) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٥٩٣.

(٥) انظر: م٢٤٨ مرافعات مصري.

- النوع الثاني: بطلان شديد يجعل الحكم كالمعدوم، وهذا وإن كان يجوز الطعن فيه بالنقض، إلا أنه يجوز التعامل معه بأشد من الطعن بالنقض كما تبين.

المطلب الرابع

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق:

اتفق كل من الفقه الإسلامي، والنظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على ضرورة أن يكون الطعن بالنقض مبنيا على مخالفة بينة للشرع أو للقانون. فالفقه، والنظم الإسلامية، والقانون المصري يرون أن الطعن بالنقض جُعل وسيلة لعلاج أخطاء شرعية أو قانونية في أحكام القضاة، سعيا لتحقيق العدالة.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

الاختلاف الأول: الأسباب التفصيلية للنقض:

١- **الفقه الإسلامي:**

اختلف الفقهاء حول الأسباب التفصيلية لنقض الحكم القضائي، فقد اختلفوا حول نقض الحكم المخالف للنص القرآني الظني (غير المفسر، أو غير الجلي)، ونقض الحكم المخالف للسنة المشهورة والآحاد، ونقض الحكم المخالف لنص الحديث الظني الدلالة، ونقض الحكم المخالف للإجماع الظني، وإجماع الأغلبية وعمل أهل المدينة، ونقض الحكم المخالف للقياس بنوعيه: الجلي والخفي، ونقض الحكم المخالف للقواعد الفقهية، ونقض أحكام القاضي المقلد والجائر، والناسي لمذهبه والراجع فيه، ونقض الحكم المخالف للمذاهب الأربعة.

٢- **النظم الإسلامية:**

النظم الإسلامية التي تناولتها الدراسة – وهي مجلة الأحكام العدلية، ونظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني – نصت على ناقضين أساسيين للحكم القضائي وهما:

- مخالفة الأصول الشرعية
- مخالفة ما يسنه الحاكم العام أو السلطة التشريعية (أي القانون) ولو في أمر اجتهادي، ويشمل ذلك ما قرره الحاكم بشأن اختصاص القضاة.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

نص القانون المصري على ثلاثة أسباب تفصيلية لنقض الحكم القضائي، وهي كالآتي:

- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله
- وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم
- تناقض حكمين نهائيين صادرين من أي محكمة.

ولما كان مرد هذه الثلاثة في النهاية إلى مخالفة القانون بمدلوله العام، يمكن أن نقول إن سبب النقض يرجع في جميع حالاته إلى مخالفة قواعد القانون، وهو ما رجحه ونص عليه قانون المرافعات الفرنسي في مادته ٦٠٤ بعد تعديله في ١٩٧٠/١١/٧م.

الراجح:

يترجح أن النص على كون مخالفة الشريعة والقانون الذي يسنه الحاكم هو الاختيار الأمثل في نقض الأحكام؛ لما يمثله من مزيد رقابة على شرعية أحكام القضاة وقانونيتها، مع جواز النص على مخالفة القانون وحدها بوصفها سببا وحيدا لنقض الحكم بشرط الاطمئنان إلى أن الهيئة التشريعية لا تسن إلا ما يستنبط من الشريعة الإسلامية.

الاختلاف الثاني: التفريق بين الحكم الباطل والمنعدم:

١- **الفقه الإسلامي:**

لم يعرف الفقه الإسلامي في موضوع نقض الأحكام - بحسب ما تيسر من مصادر - تفرقة بين الحكم الباطل والمنعدم، ودلت النقول عن بعض الفقهاء على اعتبار الحكم الأهل للنقض كأنه (لا حكم)، وكان القياس ألا يحتاج إلى نقضه لكونه غير موجود، لكنهم وضعوه ضمن ما ينقض من الأحكام.

٢- **النظم الإسلامية:**

- لم تفرق مجلة الأحكام العدلية - بحسب اطلاع الباحث - بين الحكم الباطل والمنعدم.
- وكذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ إذ إنه جعل من أسباب النقض سببا قد يدخل في الانعدام وهو صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلا سليما.
- فرق قانون المرافعات والتنفيذ اليمني بين الحكم الباطل والحكم المنعدم، فأجاز في الحكم الباطل الطعن بالنقض، وأجاز في الحكم المنعدم دفعه بدعوى مبتدأة.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

يفرق القانون المصري في النقض بين الحكم الباطل والمنعدم، كما يأتي:

- الحكم الباطل: ورد معناه في أسباب النقض، فهو قابل للطعن بالنقض.
- الحكم المنعدم: أجيز فيه رفع دعوى بطلان أصلي؛ لأنه يعامل معاملة غير الموجود أصلا.

الراجح:

يترجح هنا جانب القانون المصري واليمني المتمثل في التفرقة بين الحكم الباطل والمنعدم؛ للأسباب الآتية:

١- أن هذه التفرقة وإن بدا أنها شكلية، إلا أنها لها دور لا ينكر في تقليل التداعي أمام محاكم النقض بالنسبة للأحكام المنعدمة، فمحاكم النقض يفترض في قضاتها أن يكونوا أرفع الناس

خبرة ودراية فقهية وقانونية، فالأفضل أن يتفرغوا لما جعلوا لأجله. والأحكام المنعدمة لا تحتاج لحكم محكمة النقض ببطلانها، ففي انعدامها الظاهر حجة للمحكوم عليه يتمسك بها في أي موقف وأمام أي محكمة.

٢- أن الأحكام المنعدمة ينبغي ألا تخضع لشروط الطعن ومواعيده.

٣- أن تلك التفرقة قد وجدت في الفقه الإسلامي، ولكنها لم تطبق في موضوع نقض الأحكام، فقد تكلم بعض فقهاء الشريعة عن أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

المقترح:

يقترح على الأنظمة الإسلامية أن تنص على أن الأحكام المنعدمة (بالتفصيل المترجح عندها) يجوز فيها – استثناء – رفع دعوى مبتدأة بالبطلان الأصلي، كما يجوز التمسك بانعدامها أمام أي محكمة وفي أي موقف.

المبحث الرابع

الخصوم في الطعن بالنقض

وفيه أربعة مطالب كالآتي:

- المطلب الأول: الخصوم في الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي
- المطلب الثاني: الخصوم في الطعن بالنقض في بعض النظم القانونية الإسلامية
- المطلب الثالث: الخصوم في الطعن بالنقض في قانون المرافعات المصري
- المطلب الرابع: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

الخصوم في الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: الخصوم في الطعن بالنقض في المصادر الفقهية القديمة

الحكم المستوجب للنقض ينظر إليه في الفقه الإسلامي على أنه منكر يجب تغييره، وباطل يجب إزالته، وقد عبر عن ذلك شارح مجلة الأحكام العدلية، حيث قال: «وإذا ظهر لدى التحقيق أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة فيستأنف، أي أنه يبطل الحكم الأول... لأن الحكم الغير الموافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة، وظلم، وإزالة الظلم واجبة، وتقريره وتثبيته حرام»(١).

وجاء في كشاف القناع: «إذا قضى بخلاف النص والإجماع هذا باطل، لكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه... ولا يعتبر لنقضه طلب رب الحق نقضه، ولو كان الحق فيه لمعين، لأن نقضه حق لله»(٢).

ومن هنا فإن الفقه المنظم لأحكام النقض في القضاء الترجيحي قد فتح الباب لكثير من الطاعنين لكي يسهموا في إزالة هذا المنكر، فلم يجعل الطاعن هو صاحب المصلحة الدنيوية المباشرة فقط، أي المحكوم عليه؛ لأن المصلحة الشرعية أو الأخروية، لا تقل عن المصلحة الدنيوية دافعا لنقض الأحكام المخالفة للشريعة.

وباستقراء المذاهب وما ذهبت إليه في تحديد من له حق الطعن بالنقض - بحسب ما اطلع عليه الباحث من مصادر - تبين الآتي:

أولا: الخصم المحكوم عليه:

لم يطلع الباحث على خلاف بين الفقهاء حول حق كل متضرر من حُكمٍ حكَم به عليه قاض في أن يتظلم من هذا الحكم، وقد عبر الإمام الشافعي عن ذلك بقوله: «فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه»(٣)، ونظرا لأن هذا هو الطاعن الرئيس الذي لا خلاف على حقه في الطعن بالنقض، يبدو أن مراجع الفقه - بحسب اطلاع الباحث - قد ندرت فيها مناقشته، أي لبداهته.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٠.

(٢) كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦-٣٢٧.

(٣) الأم: ج٦/ص٢٢٠، الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٤١.

ثانيا: القاضي الذي راجع نفسه ينقض الحكم دون أن يطعن الخصم:

قد يتبين للقاضي بعد الحكم أنه أخطأ، وخالف الشرع مخالفة بينة في مسألة مجمع عليها، وقد يهتدي في مسألة خلافية إلى رأي أصوب بعد الحكم، وقد ينسى القاضي المجتهد مذهبه فيحكم بغيره، ثم يتذكر بعد الحكم، وقد ينسى القاضي المقلد مذهب الإمام الذي يقلده، فيحكم بغيره، ثم يتبين له بعد الحكم ما كان ناسيه، وكل هذه الحالات وما شابهها قد تعرض لها الفقهاء في ظل النظام القضائي الترجيحي.

ورغم أن الفقهاء قد اختلفوا حول جواز نقض القاضي أحكام نفسه في المسائل الاجتهادية، فالواقع أنهم اتفقوا فيما إذا تبين له أنه أخطأ خطأ بينا، وخالف الشرع مخالفة واضحة[١]، فاتفقوا على نقض القاضي لذلك الحكم من غير أن يطعن أي من الخصوم، وفصلوا حالات ضمان القاضي ما غُرم أو ضاع من الحقوق تفصيلا ليس هذا معرضه[٢].

واختلفوا حول خطأ القاضي في الترجيح، أي في المسألة الخلافية على رأيين:

- **الرأي الأول:** يقول بعدم نقض الحكم الترجيحي إذا تغير ترجيح القاضي بعد الحكم، ومن ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية: «إذا قضى القاضي بقضية ثم بدا له أن يرجع عنها، فإن كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه الفقهاء رده لا محالة، وإن كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لا محالة، وقضى في المستقبل بما يرى»[٣]، أي إنه لا ينقض حكم نفسه السابق في المسائل الخلافية، ويقضي فيما استقبل من أقضية جديدة بالذي ترجح لديه أخيرا، ومن ذلك ما ورد من قضاء عمر ﷺ في المسألة المشَرّكة[٤].

- **الرأي الثاني:** ذهب إلى أنه يَنقض ما تبين له أنه خلاف الراجح، وحكي هذا القول في المدونة عن الإمام مالك، حيث ورد فيها: «هل كان مالك يرى للقاضي إذا قضى بقضية، ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به، أله أن يرد قضيته ويقضي بما رأى بعد ذلك، وإن كانت قضيته الأولى مما قد اختلف فيها العلماء؟ قال : إنما قال مالك: إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه، وإنما الذي لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه»[٥].

---

(١) انظر: أدب القضاء: ص٤٠٦ – ٤١١، وقد أشار إلى مواضع اتفاق الفقهاء واختلافهم حول نقض القاضي أحكام نفسه.

(٢) راجع: حاشية ابن عابدين: ج٥/ص٤١٨-٤١٩؛ الفتاوى الهندية: ج٣/ص٣٤١.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

(٤) الأثر إسناده صالح. سبق تخريجه بهامش ٢ ص٩٥؛ وانظر: المبسوط: ج٢٩/ص١٤٤-١٥٥، كشاف القناع: ج٤/ص٤٢٩.

(٥) المدونة: ج٤/ص١٣.

وقد فهم بعض المالكية من ذلك جواز نقض القاضي أحكام نفسه في المسائل الاجتهادية المرجوع فيها(١)، وهو الراجح، في حين أن بعضهم قال بعدم جواز ذلك(٢). وجاء في منح الجليل أن القولين تُؤُوِّلَت المدونة عليهما(٣).

ومعنى ذلك أنه طبقا لأصحاب هذا القول الثاني فإن القاضي ينقض حكم نفسه بنفسه في المسألة الخلافية، دون أن ينقض حكم غيره إذا رفع إليه.

ويبدو أن منشأ الخلاف أن الذين قالوا بالنقض رأوا أن القاضي مطالب بالراجح عنده، فيكون حكم الله في حق القاضي، وفي حق الخصوم هو الذي انتهى إليه القاضي، ولو بعد الحكم، أما القائلون بعدم النقض ربما رأوا أن حكم الله الراجح الذي ينبغي العمل به، ويرفع الخلاف، إنما يعتبر بوقت القضاء لا بعده، أي العبرة بالراجح وقت إصدار الحكم، أما بعد الحكم فإن القاضي تكون قد استنفدت ولايته، ولا علاقة له بالقضية. ومن هنا تبدو معقولية هذا الرأي؛ لأن القاضي ربما تغير عنده أمر أصولي قد يغير كثيرا من الأحكام، فلا يتصور أنه كلما تغير رأيه في مسألة استدعى جميع الخصوم وألزمهم بالأحكام الجديدة.

والملاحظ أن السؤال استخدم عبارة «ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به»، فقد وردت في السؤال، ولم ترد في الجواب المنسوب إلى الإمام مالك ﷺ، أما العبارة التي وردت في جوابه فهي: «إذا تبين له أن الحق في غير ما قضى به»، فيرجح أن السائل سأل سؤالا معناه: هل كان مالك ينقض الحكم الخلافي إذا تبين له بعد الحكم رأي أصوب؟، فأجاب أنه كان لا ينقض إلا ما خالف الحق، أما الخلافي فلا ينقضه، وإذا تقرر هذا فلا يصح تأويل قول مالك بأنه ينقض الحكم الاجتهادي إذا تبين له أصوب منه.

وهناك مسألة أخرى وهي: نسيان القاضي المجتهد أو المقلد للحكم في مذهبه، فيحكم بغير مذهبه ناسيا، ثم يتذكر ذلك بعد الحكم، غير أنها لم يرو فيها خلاف كسابقتها - بحسب ما تيسر من مصادر - بل فيها قول واحد وهو النقض، أي إنه لا خلاف في وجوب رجوع القاضي عن حكمه الأول(٤)؛ لأن المسألة مسألة سهو وليست مسألة اختلاف ترجيح.

---

(١) انظر: التاج والإكليل: ج٨/ص١٤١-١٤٢، منح الجليل: ج٨/ص٣٥٠-٣٥١.

(٢) ونسبه الشيخ عليش إلى سحنون، وابن محرز، والقاضي عياض، وغيرهم، انظر: السابق: الصفحات نفسها.

(٣) انظر: السابق: الصفحات نفسها.

(٤) انظر: السابق: ج٨/ص٣٥١.

وفي ذلك يقول الدكتور محمد سلام مدكور: «ويرى الفقهاء أن القاضي لا يجوز أن يقضي بغير مذهبه، ولو قضى به لا ينفذ عامدا أو ناسيا وينقض؛ لأنه قضى بما هو باطل في رأيه، فقضاء المقلد بغير مذهبه قضاء بغير ما يراه»[١].

غير أن هذه القضايا لا محل لها في النظام القضائي الإسلامي المستند إلى التقنين؛ لأنه لا عبرة فيه باعتقاد القاضي رجحان الحكم الفقهي الذي استند إليه القانون أو عدم رجحانه، ولا علاقة بنسيانه أو بتذكره للراجح، و إنما المعتبر هو فقط نص القانون، فإما طبقه وإما نُقض.

وهذا ما ذهب إليه شارح مجلة الأحكام العدلية، إذ لم يجعل عبرة لقول القاضي الذي يقول: «قد رجعت عن حكمي، أو أبطلت حكمي» أما إذا أخطأ القاضي وثبت خطؤه بالبينة فلابد أن ينقض الحكم استنادا إلى البينة، لا إلى قول القاضي[٢].

ونستطيع أن نستخلص مما تقدم أن فقهاء الشريعة اتفقوا على جواز أن يكون الطعن من هيئة القضاء نفسها، دون طعن أحد من الخصوم، بغض النظر عن اختلافهم حول أسباب هذا الطعن.

ثالثا: تصفح الحكام أو من ينوب عنهم لأحكام القضاة:

١-تصفح أحكام العدل العالم:

للفقهاء حول تعقب أحكام العدل العالم خلاف، فذهب أكثرهم[٣] إلى أنه "لا نتعقب" أحكامه؛ لأن الأصل فيها الصحة، ولأن في التعقب – بحسب القرطبي - «مضرة عظمى من جهة نقض الأحكام، وتبديل الحلال بالحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام، ويتعرض أحد من العلماء لنقض ما رواه الآخر»[٤].

على أن المالكية لم يحددوا – حسب اطلاع الباحث – المقصود من كلمة (لا نتعقب) أهي على التحريم أم غير ذلك، ولكننا نجد مِن الشافعية[٥] مَن حدد ذلك وناقش التفاصيل، كما جاء في كتاب البيان: «وإن كان يصلح للقضاء، فلا يجب على الثاني أن يتصفح أحكامه من غير متظلم؛ لأن الظاهر منها الصحة. وهل يجوز له أن يتصفحها من غير متظلم؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز؛ لأن

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي: ص٣٧٨-٣٧٩.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٧.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤-٢٥٦، التاج والإكليل: ج٨/ص١٣٧؛ مواهب الجليل: ج٦/ص١٣٥-١٣٦، شرح مختصر خليل للخرشي: ج٧/ص١٦٣؛ البيان: ج١٣/ص٦٣ – ٦٤؛ المغني: ج١٠/ص٥٣.

(٤) تفسير القرطبي: ج١١/ص٣١٢.

(٥) انظر: الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٢٤١-٢٤٣، البيان: ج١٣/ص٦٣-٦٤.

فيه احتياطا. والثاني: لا يجوز؛ لأن فيه ضربا من التجسس. فإن خالف وتصفحها ووجد فيه منتقضا، قال ابن الصباغ(١):

- «فإن كان يتعلق بحق الله، كالطلاق والعتاق، نقضها؛ لأن النظر في حقوق الله تعالى إليه.
- وإن كان يتعلق بحق آدمي له عليه ولاية نقضها؛ لأنه لا مطالب له بحقه غيره. وإن كان يتعلق بحق آدمي لا ولاية له عليه، لم يجز نقضه؛ لأنه لا يستوفى من غير مطالبة من له الحق»(٢).

والقول بأنه لا ينقض إلا ما كان متعلقا بحق الله كالطلاق والعتاق، دون ما كان متعلقا بحق الآدمي؛ لأنه لا يجوز للقاضي استيفاؤه من غير مطالبة من صاحب الحق هو نفس القول المروي عن الحنابلة(٣).

ولابد لنا من وقفة هاهنا مع قول الشافعية والحنابلة بأن الحكم المتصفَح من قبل الحاكم العام أو من ينوب عنه إن كان فيه مخالفة بينة تستحق النقض، وهو متعلق بحق آدمي، «لم يجز نقضه؛ لأنه لا يستوفى من غير مطالبة من له الحق»، فهل يقصدون هنا أن مثل هذا الحكم ينقض ولا ينفذ على الخصوم - كطعن النائب العام في قانون المرافعات المصري الذي سيرد قريبا - أم لا ينقض أصلا؟

أما لفظهم فيكاد يكون صريحا في أنه لا ينقض أصلا؛ لاستخدامهم عبارات مثل (لا ينقض - لم يجز نقضه)، ولكنه يخالف قواعدهم المستقرة التي تعتبر الحكم المنتقض مخالفا للشرع، ومنكرا، وغير معتبر أصلا كما سبق بيانه(٤)، ويخالف ما جاء في كشاف القناع من أنه: «إذا قضى بخلاف النص والإجماع هذا باطل، لكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه... ولا يعتبر لنقضه طلب رب الحق نقضه، ولو كان الحق فيه لمعين؛ لأن نقضه حق لله»(٥). أما استيفاؤه فهي مسألة أخرى، وهي وإن مُنعت بسبب أنه لا يجوز استيفاء حق آدمي بغير مطالبته، فينبغي ألا تَمنع مجرد نقض الحكم، وكتابة نقضه في السجلات ووثائق الدولة، وإعلان ذلك للناس؛ ولهذا يترجح قول المالكية الذين أغفلوا هذا الشرط، فقد وردت عباراتهم عامة، مثل ما ورد في البيان والتحصيل في أن القاضي العدل العالم لا تتصفح أحكامه «إلا أن يظهر في شيء منها عند النظر إليها على

---

(١) هو: أبو نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن أحمد البغدادي المعروف بابن الصباغ (ت٤٧٧هـ) العلامة، شيخ الشافعية، مصنف كتاب "الشامل"، وكتاب "الكامل"، وكتاب "تذكرة العالم والطريق السالم"، كان ثبتا حجة دينا، تولى التدريس بالمدرسة النظامية، وكف بصره في آخر عمره. انظر: تاريخ بغداد وذيوله: ج٢١/ص١٢٢.

(٢) البيان: ج١٣/ص٦٣-٦٤.

(٣) انظر: المغني: ج١٠/ص٥٣.

(٤) انظر: البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٥٤.

(٥) كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦-٣٢٧.

الوجه الجائز أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه، فيرد ذلك من حكمه»(١)، وما ورد في مواهب الجليل في عدم تعقب أحكام العدل العالم «إلا أن يرفع أحد قضيته، ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب، فينظر في تلك القضية، وتنقض إن خالفت نصا قاطعا أو جلي قياس»(٢).

ومع ترجيح قول المالكية بعموم النقض، سواء تعلق الحكم بحق لله تعالى أو حق للآدمي، يقترح للإفادة من قول الشافعية والحنابلة ألا ينفذ ذلك النقض في حق الآدميين، إلا إذا طالب صاحب الحق. وهو قول مقترح يخالف في حقيقته كلا القولين؛ إذ إن مقتضى قول المالكية هو الحكم بالنقض وتنفيذه، ومقتضى قول الشافعية والحنابلة هو عدم الحكم وعدم التنفيذ، ولكن المنازعة الحقيقية إنما هي في التنفيذ، وهو استيفاء الحق بغير مطالبة، فإن أمكن بذلك التوفيق بينهما: أي القول بالنقض؛ لأنه واجب شرعا في الأحكام المتبين خطؤها، وبعدم التنفيذ لكونه لا يجوز إلا بمطالبة صاحب الحق زال الإشكال، وهو أيضا معنى قريب مما في طعن النائب العام في قانون المرافعات المصري وسيرد قريبا.

جدير بالذكر أن الشافعية والحنابلة مع منعهم النقض بغير مطالبة صاحب الحق فيما هو حق خالص للآدمي، فلم ينصوا على حرمان صاحب الحق إن ظهر وطالب، وهذا يخالف ما سنراه في طعن النائب العام في قانون المرافعات المصري.

ومما قد يندرج تحت تعقب أحكام القاضي العدل العالم ما ورد في كتاب أعيان العصر وأعوان النصر، في ترجمة الأمير كراي(٣) نائب صفد ودمشق، حيث جاء فيه: «حكم القاضي نجم الدين

---

(١) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٦.

(٢) مواهب الجليل: ج٦/ص١٣٥-١٣٦.

(٣) هو: سيف الدين المنصوري الملقب بـ"كراي" (ت٧١٩هـ)، أمير وقائد تتري أيام السلطان المملوكي الناصر محمد بن قلاوون، ولي نيابة الشام بعد الأمير فارس الدين البكي، أخرجه السلطان في عسكر مصري إلى حمص، فما اصبح إلا وهو على باب دار النيابة بحلب، وضيق على الناس، وأمسك الصاحب عز الدين ابن القلانسي، وصادر ممتلكاته، وكانت له أربع زوجات، وثلاثين حظية من جواريه، وكان متين الديانة شديد الغضب، مات بسجن القلعة بالقاهرة. انظر: الوافي بالوفيات: ج٢٤/ص٢٥٠؛ السلوك لمعرفة دول الملوك: ج٣/ص ١٩.

الدمشقي(١) نائب ابن صصرى(٢) ببطلان البيع الذي اشتراه ابن القلانسي(٣) من تركة السلطان الملك المنصور في الرمثا والسبوخة والفضالية(٤)؛ لكونه بدون قيمة المثل، وبعزل الوكيل الذي صدر منه البيع قبل عقد البيع، ولوجود ما يوفى منه الدين غير العقار، ونفذ الحكام ذلك، ثم إن القاضي تقي الدين الحنبلي(٥) نقض ذلك في تاسع شعبان من السنة المذكورة...»(٦).

فيستخلص من ذلك النموذج وقوع النقض دون طاعن من الخصوم، وإنما من تصفح حكم القاضي الأول، دون اتهامه - بحسب ظاهر الرواية - فالحكم القضائي الصادر أولا هو من القاضي نجم الدين الدمشقي الذي حكم ببطلان بيع تركة الملك المنصور، لكون البيع لم يتم بقيمة المثل، ولوجود ما يوفي الدين غير العقار المبيع، ثم نُقض ذلك الحكم بواسطة القاضي الحنبلي.

---

(١) هو: نجم الدين الدمشقي القاضي الشافعي، ناب في القضاء على المذهب الشافعي عن قاضي قضاة الشافعية نجم الدين بن صصرى، بعد وفاة تاج الدين صالح الجعبري عام (٧٠٦هـ) الدارس في تاريخ المدارس، تأليف عبد القادر بن محمد النعيمي الدمشقي (ت٩٢٧هـ)، تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م): ج١/ص٣٥٦؛ البداية والنهاية، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت٧٧٤هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): ج١٨/ص٦٨.

(٢) هو: أبو العباس نجم الدين أحمد بن محمد بن سالم بن أبي المواهب بن صَصْرَى الربعي الثعلبي الدمشقي الشافعي (ت٧٢٣هـ)، الإمام العلامة الحافظ قاضي القضاة، طلب العلم وتفقه على الشيخ تاج الدين وغيره، وكان يميل إلى التعبد، وكان له ثروة ومماليك وحشم، وتصدر للإفتاء والتدريس سنين، ودرّس بالعادلية الصغرى، وبالأمينية وبالغزالية، ولي قضاء القضاة بدمشق سنة اثنتين وسبعمائة، ودام في القضاء إلى أن توفي ببستانه فجأة، وكان متحريا في أحكامه بصيرا بالقضاء عفيفا عما يرمي به قضاة السوء من الرشوة وغيرها. انظر: المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي، لأبي المحاسن جمال الدين يوسف بن تغري بردي بن عبد الله الظاهري الحنفي (ت٨٧٤هـ)، تحقيق محمد محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د.ط-د.ت: ج٢/ص٩٧.

(٣) هو: حمزة بن أسعد بن مظفر بن أسعد بن حمزة بن القلانسي التميمي الدمشقي، الشهير بالصاحب عز الدين (ت٧٣٩هـ)، سمع من ابن عبد الدايم، والرضي بن البرهان، وابن أبي اليسر، وحدث بدمشق والحجاز، وولي الوزارة بعد حضور السلطان قلاوون من الكرك في المرة الثانية، وصادره الأمير سيف الدين كرآي المنصوري لما ولي النيابة بدمشق، فما لبث إلا يسيرا حتى حضر المرسوم بإمساك كرآي، والإفراج عن ابن القلانسي، وكان ذا ثروة وكثير المكارمة للناس. انظر: الوافي بالوفيات: ج١٣/ص١١٦.

(٤) الرمثا والسبوخة والفضالية ثلاثة مواضع بالشام، لم يُعثر على ترجمة لها، وقد وردت في البداية والنهاية القصة نفسها بلفظ: (الرمثا والتوجة والفضالية): ج١٨/ص١١١.

(٥) لعله: تقي الدين سليمان بن حمزة المقدسي الحنبلي (ت٧٠٥هـ) قاضي القضاة المذهب الحنبلي بالشام في وقته، وكان حسن الوجه محبوب الشكل طيب الأصل، توفي فجأة وله ثمان وثمانون سنة رحمه الله تعالى. انظر: تاريخ ابن الوردي، لأبي حفص زين الدين عمر بن مظفر بن عمر بن محمد ابن أبي الفوارس ابن الوردي المعري الكندي (ت٧٤٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م): ج٢/ص٢٥٥.

(٦) أعيان العصر وأعوان النصر، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت٧٦٤هـ) تحقيق الدكتور علي أبو زيد وآخرين، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٨م): ج٤/ص١٥٤.

نستخلص من ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية – وإن نص معظمهم على عدم جواز تعقب أحكام العدل العالم – إلا أنهم متفقون على أن القاضي الذي تَعقب – ولو مخالفا النهي – أو الذي علم – بطريق غير التعقب المتعمد – أن الحكم فيه خطأ شرعي بيّن، كان عليه - وجوبا[١] - أن ينقضه بنفسه بدون طاعن من الخصوم، ولكن بعضهم منع ذلك النقض – بحسب ألفاظهم – إذا كان النقض لمصلحة آدمي؛ لأنه لا يطالب بالحق إلا صاحبه.

٢- القاضي العدل الجاهل:

تقدم أن فقهاء المذاهب الثلاثة المالكية، والشافعية، والحنابلة يقولون باشتراط أن يكون القاضي مجتهدا، وأنه لا يجوز تولية المقلد إلا للضرورة، وحينئذ ينبغي عليه أن يستشير أهل العلم فيما لا يعلمه، لاسيما أنه في ظل النظام القضائي المستند إلى ترجيح القضاة لا يوجد نصوص قانونية معلومة يستطيع القاضي أن يرجع إليها في الحكم.

وقد تعرضت الدراسة في مبحث أسباب النقض لكون جهل القاضي بالشرع قد يكون سببا في نقض الأحكام والخلاف حول ذلك، وأن في المسألة رأيين، أحدهما نقض جميع أحكامه أصاب فيها أو أخطأ، والثاني تصفحها ثم إقرار الصواب قطعا، ونقض الخطأ قطعا، واختلف في الاجتهاديات، وقد رجحت الدراسة نقض الخطأ البين فقط.

والآن تغض الدراسة الطرف عما ينقض وما لا ينقض، لكي نتعرض لمن له الحق في تتبع أحكام المقلدة من القضاة، إذ إنه لم يثبت خلاف حول طعن الحاكم العام أو من ينوب عنه في أحكام الجاهل الذي لا يستشير العلماء، وحقه في تصفحها، والنظر في سجلاتها، والبحث عما يستحق النقض فيها، وكذلك لم يرد عنهم لفظ صريح في الخلاف حول الجاهل الذي يستشير العلماء؛ فقد فصلوا حالات تصفح أحكام من لا يستشير، ودل مفهوم كلام بعضهم – بغير لفظ صريح – على عدم تصفح أحكام العدل الجاهل الذي عرف عنه مشاورة العلماء.

ولكن إن جاز أن نقرر أنهم اختلفوا حول البحث في سجلات المقلد الذي يستشير، فإننا نستطيع أن نجزم بأنهم لم يرد عنهم أي خلاف في حق ولي الأمر، أو من ينوب عنه في أن يطعن وجوبا في أحكام القضاة المقلدين إن علم –ولو بطريق غير التصفح – أنها أحكام بها مخالفة بينة للشرع.

٣- نقض أحكام القاضي الجائر دون تصفح:

تبين في مبحث أسباب النقض أن القاضي الجائر فيه رأيان، أحدهما بنقض جميع أحكامه الصواب والخطأ، ورأي آخر بنقض الخطأ فقط، والآن نتعرض الدراسة لنفس المسألة بتفصيل

---

(١) وعبارة الشافعي في ذلك «رده، ولا يسعه غير ذلك» الأم: ج٧ ص٩٨-٩٩.

أكثر، وذلك من جهة كون الحاكم العام أو من ينوب عنه يمثل الطاعن في تلك الأحكام، وبيان ذلك كالآتي:

- ذهب أكثر المالكية إلى حق ولي الأمر (الحاكم العام)، أو من ينوب عنه من الولاة أو القضاة في نقض أحكام من ثبت أنهم قضاة جائرون(١)، بمعنى أن أحكام القاضي غير العادل لا تحتاج إلى طعن من أحد الخصوم لكي يتم نقضها. ومع ذلك وجد عندهم رأي يفيد استثناء ما ثبتت صحته ظاهرا وباطنا - أي بالبينة - فلا ينقض، فقد جاء في البيان والتحصيل الاستثناء الآتي من النقض: «إلا أن يثبت في شيء منها أنها كانت صحيحة مستقيمة في الباطن حسبما هي عليه في الظاهر»(٢).

وذلك بالطبع لا يحدث جزافا، بل لابد من الحذر من عدم تحري الدقة عند إثبات جور القضاة، فقد جاء في التبصرة: «ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور، وفي التعرض لذلك ضرر بالناس، ووهن للقضاء، فإن القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور، فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه»(٣).

والنقض في هذه الحالة يتم بحسب هؤلاء - وهم أكثر المالكية كما تقدم - بدون تصفح، أي بدون نظر في القضايا، فقد ورد في الذخيرة عن القاضي الجائر: «ولا ينظر في سجلاته»(٤)، بمعنى أنه بمجرد ثبوت أن القاضي جائر تنقض أحكامه دون مراجعة لها، حتى ولو كانت في ظاهرها صحيحة؛ لأن القاضي الجائر غالبا ما يحتال في كتابة السجل، حتى تبدو القضية مستقيمة في ظاهر الأمر لمن يتصفحها.

وهذا النقض لا يحتاج إلى طعن الخصوم؛ إنما يؤمرون أمرًا باستئناف الخصام(٥).

- وبعض المالكية(٦) يرى أن أحكام القاضي الجائر تُتصفح، أي تُدرس ويُنظر فيها، فما كان صحيحا يُقر، وما كان خطأ بينا ينقض، وعند هؤلاء - أيضا - تُنقض الأحكام من غير

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٦؛ الذخيرة: ج٨/ص١٢١؛ حاشية الصاوي: ج٤/ص٢٢٠؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٣٦.

(٢) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٦.

(٣) تبصرة الحكام: ج١/ص٨٣، معين الحكام: ج١/ص٣٠.

(٤) الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤-٢٥٦.

(٦) انظر: حاشية الصاوي: ج٤/ص٢٢٧، منح الجليل: ج٨ ص٣٣٨ وفيه «حكى فضل عن ابن الماجشون أنها تتصفح كأحكام الجاهل، وهو شذوذ»، وما ورد في منح الجليل يتناقض مع ما روي عن ابن الماجشون في البيان والتحصيل: «وفي أحكام أهل البدع والأهواء، فحكم لها ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون بحكم القاضي الجائر في أنها تفسخ كلها» البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٦، ويناقض كذلك ما روي عنه في الذخيرة: «وقول ابن الماجشون وقال ابن القاسم: والخوارج كالقضاة السوء» الذخيرة: ج٨/ص١٢١.

طعن من الخصوم، أي ينَقضها الحكام والقضاة، غير أن الفارق بين هذا الرأي وسابقه: أن أصحاب الرأي الأول قالوا بنقض أحكام القاضي الجائر من دون مراجعة لها، أما هؤلاء فقالوا بتعقبها، والنظر فيها، فإن ظهر لهم ما يستوجب النقض نقضوه. إذن يمكن القول بأن خلافهم إنما كان في التصفح، وليس في أهليتهم للنقض بأنفسهم، ودون طعن من الخصوم.

- أما الشافعية وأكثر الحنابلة فوضعوا القاضي الجائر مع الجاهل على صعيد واحد؛ إذ ذهبوا إلى أن القاضي الذي لا يصلح للقضاء تنقض جميع أحكامه[١]، سواء الصواب أو الخطأ، ومن ذلك ما ورد في كتاب البيان: «وجملة ذلك: أن القاضي إذا عزل وولي بعده قاض، فإن كان الأول لا يصلح للقضاء نقضت أحكامه كلها، أصاب فيها أو أخطأ؛ لأنه لا يصح حكمه»[٢] والقاضي الذي لا يصلح للقضاء هو ما اختل فيه أحد شروط ولاية القضاء، ومن أبرز هذه الشروط عندهم العدالة[٣] والعلم[٤]. بمعنى أن كلا من القاضي الجائر والقاضي المقلد مشتمَل عليه في هذا المبحث عندهم، وإن لم ينصوا على ذلك نصا.

  وظاهر كلامهم: النقض دون تصفح؛ لأنهم ينقضون الصواب والخطأ، وبغير أن يطعن أحد الخصوم.

- وبعض الحنابلة يرى نقض الخطأ فقط، وإقرار الصواب إذا كان القاضي لا يصلح للقضاء[٥]، وهو قول رغم كونه مرجوحا عند الحنابلة - بحسب ما ورد في كتاب الإنصاف - إلا أنه مدعوم بالعمل الفعلي في القضاء، حيث ورد في الإنصاف بعد ذكر هذا القول: «قلت: وهو الصواب. وعليه عمل الناس من مدد. ولا يسع الناس غيره. وهو قول أبي حنيفة، ومالك رحمهما الله»[٦].

ومن الأمثلة التطبيقية لذلك ما سبق نقله[٧] عن كتاب أخبار القضاة في ترجمة لسوار بن عبد الله بن قدامة؛ حيث ورد فيه: «فأعاد المنصور سوارا على القضاء، فذكر أنه رد قضايا عباد»[٨]، فمن هذا القضاء يمكن استنتاج إيقاع النقض من القاضي اللاحق (سوار) دون طاعن من الخصوم.

---

(١) انظر: البيان: ج١٣/ص٦٣؛ مغني المحتاج: ج٦/ص٢٩٥.

(٢) البيان: ج١٣/ص٦٣.

(٣) انظر: السابق: ج١٣/ص٢٠.

(٤) انظر: السابق: ج١٣/ص١٧.

(٥) انظر: الكافي: ج٤/ص٢٣٣ المغني: ج١٠/ص٥٣، الإنصاف: ج١١ ص٢٢٥.

(٦) السابق: الصفحة نفسها.

(٧) انظر: ص٥٢-٥٣ من هذا البحث.

(٨) أخبار القضاة: ج٢/ص٢٨٥.

ومن الأمثلة التطبيقية أيضا ما ورد في كتاب رفع الإصر عن قضاة مصر في ترجمة عبد الرحمن بن المُجَبَّر[١]، حيث جاء فيه: «ذكر قصة مراد ويحصب[٢] في الرهان، وأن فرس مراد جاء سابقا، فعمد بعض يحصب فضرب وجهه؛ حتى سبقه فرس يحصب، فوقع بينهم القتال بسبب ذلك، فركب أمير مصر حتى حجز بينهم، وأرسلهم إلى القاضي، فأتته يحصب بأموال عظيمة، فقضى لهم بالفرس. فلما صرف وولي البكري[٣] نقض حكمه، وقال: لا يجوز الرهان إلا بمحلل القاضي[٤]، ولم يكن بين الفريقين محلل فلم يصح الرهان، ورد الفرس لمراد»[٥].

وورد عنه في موضع آخر: «ولما ولي البكري بعده، رفع أهل مصر إليه، أن العمري حصّل مئة ألف دينار، فوكل بالعمري فهرب، وتتبع البكري أحكام العمري ينقضها، وأسقط كل من شهد في سجل أهل الحرس»[٦].

---

(١) هو: أبو عبد الله، عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن بن المُجَبَّر بن عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب ﷺ. مدني الأصل مالكي المذهب، من المئة الثانية. روى عن مالك، روى عنه يحيى بن بكير وأبو صالح كاتب الليث، وكانت ولايته القضاء تسع سنين وشهرين، وصرف عنها سنة أربع وتسعين. انظر: رفع الإصر عن قضاة مصر، لشهاب الدين أحمد بن محمد بن علي العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، (١٤١٨هـ-١٩٨٨م): ص٢١٥-٢١٦.

(٢) مراد ويحصِب: قبيلتان من قبائل العرب العريقة، وأصلهما يمني قحطاني، فقبيلة مراد نسبتها إلى يحابر بن مالك (وهو مذحج) بن أدد بن زيد، من كهلان، ويقال إنهم سموا مرادا لأنهم تمردوا، ويحصِب نسبتها إلى بنو يحصب بن دهمان بن عامر بن حمير. انظر: نسب معد واليمن الكبير، لهشام بن محمد بن السائب الكلبي (ت٢٠٤هـ)، تحقيق ناجي حسن، مكتبة النهضة العربية، ط١، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ج١/ص٣٢٨؛ جمهرة أنساب العرب، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت٤٥٦هـ)، تحقيق لجنة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م): ج١/ص٤٠٦؛ معجم البلدان، لشهاب الدين ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ت٦٢٦هـ)، دار صادر، بيروت، ط٢، ١٩٩٥م: ج٣/ص٢٢٥-ج٥/ص٦٨؛ معجم قبائل العرب القديمة والحديثة، لعمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة (ت١٤٠٨هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م): ج٣/ص١٢٦٠-ج٥/ص٢٩٥.

(٣) هو: هاشم بن أبي بكر بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ﷺ، الفقيه، قاضي الديار المصرية بعد القاضي العمري، وكان من سكان الكوفة مدة، وتفقه على مذهبهم، وكان ممن يشرب النبيذ المختلف فيه، قال ابن يونس: مات في المحرم سنة كذا وسبعين ومائة. انظر: تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م): ج١١/ص٢٢٠.

(٤) محلل الرهان قال به بعض الفقهاء، وهو شخص يدخل في السباق فيكافئ فرسه فرسي المتسابقين، ولا ينال شيئا من الرهان، وإنما دخل ليحلل للفائز كسب الرهان دون أن يعد ذلك قمارا؛ لوجود من لا يغنم ولا يغرم. انظر: تحفة المحتاج للهيثمي: ج٩/ص٤٠٢؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت٧٧٢هـ)، دار العبيكان، الرياض، ط١، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م): ج٧/ص٥٩-٦١.

(٥) رفع الإصر: ص٢١٧-٢١٨.

(٦) السابق: ص٢٢٢.

ويستفاد من النموذجين السابقين وقوع النقض لحكم قاضٍ مرتش - بحسب الرواية - بدون طاعن من الخصوم؛ فقد حكم العمري حكمه الأول لصالح قبيلة يحصب بعد أن دفعوا له رشوة وصفت بأنها أموال عظيمة، ثم حكم فيها قاض ثان هو البكري، الذي نقض الحكم، وحكم برد الفرس لقبيلة مراد بناء على بطلان الرهان لعدم وجود محلل.

ويستفاد أيضا وقوع التتبع لجميع أحكام قاض بعد ثبوت الجور عليه - بحسب الرواية - واتهامه بتحصيل مئة ألف دينار، فلما هرب ولم يعثر عليه تتبع القاضي اللاحق جميع أحكامه بالنقض بغض النظر عن صحتها أو خطئها.

ولكن الدراسة رجحت عدم نقض جميع الأحكام صوابها وخطئها، بل ينقض منها فقط ما كان فيه مخالفة بينة للشرع.

يتضح من العرض السابق أنه ليس ثمة خلاف على حق الحاكم العام أو من ينوب عنه في أن يكون طاعنا بالنقض، أي يتصفح الأقضية ويطلب من جهة معينة نظر طعنه بنقضها، وقد ينقضها بنفسه إن كانت له صلاحية ذلك.

الفرع الثاني: الخصوم في الطعن بالنقض في الفقه المعاصر

هناك من الفقهاء المعاصرين من تعرض لمسألة من له حق الطعن في الأحكام القضائية ونقضها، فذكر الدكتور عبد الكريم زيدان(١) حق القاضي في نقض حكم نفسه إذا تبين له خطؤه، حيث قال تحت عنوان «هل تنقض الأحكام وتبرم بطلب أو بدونه»، قال: «إن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقضه بنفسه إذا ظهر له مخالفته لنص الكتاب أو السنة، ومعنى ذلك أن هذا النقض يتم بدون طلب من أصحاب الشأن...»(٢).

كما تعرض لتصفح ولي الأمر أو من يخوله بالنظر في الأحكام القضائية، ونقض ما يستحق النقض منها، ولو لم يطلب الخصوم، وانتهى إلى النتيجة الآتية، حيث قال: «ويبدو لي أن الذي يقوم

---

(١) هو: أ.د/ عبد الكريم زيدان بهيج العاني، أحد أبرز علماء أهل السنة في العراق، ولد ببغداد سنة ١٩١٧م، وتخرج في كلية الحقوق ببغداد، والتحق بمعهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة، وحصل على الماجستير ثم الدكتوراة من جامعة القاهرة، وشغل منصب أستاذ الشريعة الإسلامية في أكثر من كلية بجامعة بغداد، وفي عدة جامعات يمنية، وشغل عضوية مجلس علماء الجامعة الاسلامية منذ السبعينيات، وعضوية مجلس المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وعضوية مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بجامعة الإيمان بصنعاء، كما شغل منصب المراقب العام لجماعة الإخوان المسلمين بالعراق، إلى أن غادرها عام ١٩٩٢م، وانتقل إلى صنعاء في اليمن.ولا يزال مقيما هناك. انظر: موقع: رسالة الإسلام، إشراف الشيخ عبد العزيز فوزان الفوزان.

(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٤.

بذلك هو الخليفة، أو نائبه، أو من يخوله، وسواء كان ذلك بطلب من أصحاب الشأن بالأحكام أو بدون طلب منهم»[١].

وإلى مثل ذلك ذهب الدكتور نصر فريد واصل حيث أكد أن من حق قاضي القضاة أو من قلده ولي الأمر «أن ينظر من تلقاء نفسه في أحكام القضاة، فينقض منها ما يحتاج إلى النقض...»[٢]، فذهب إلى أكثر من مجرد الطعن، أي إلى النقض نفسه.

وقد ذهب الدكتور محمد رأفت عثمان إلى أبعد من ذلك، فرأى أن حق الطعن بالنقض في الحكم الباطل هو حق لكل فرد من المسلمين، استنادا إلى ما خوله الله له من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فقال: «... ونقض هذا الحكم، أو طلب نقضه حق لكل من يعلم به، بل واجب عليه، سواء في هذا القاضي الذي أصدره، ثم تبين له مصادمته للنصوص الشرعية، أو أحد أطراف الخصومة، بل لأي إنسان آخر ليس له صلة بالقضية أن يطلب نقض هذا الحكم، استنادا إلى سلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهي السلطة التي خولها الله تبارك وتعالى لكل فرد من أفراد المسلمين؛ ليتحقق بذلك الرقابة التي تحقق الإصلاح»[٣].

وهذا الرأي قد تفرد به أستاذنا الدكتور محمد رأفت، ولم يعلم الباحثُ له مثيلا في الفقه الإسلامي، وكذلك في النظم الإسلامية التي سنعرض لها في المطلب الثاني من هذا المبحث، ومع تقدير ما فيه من حرص على تحقيق الإصلاح، لا يبدو راجحا؛ وذلك لما يأتي:

- لأن طلب النقض هو خصومة قضائية ينبغي أن يكون الشخص له فيها شأن، إما شأن خاص، وهم الخصوم، وإما شأن عام، وهم أولو الأمر والقضاة.
- أن المنكر في الحكم الفقهي يختلف عنه في الحكم القضائي، ففي الحكم الفقهي المنكر يظهر في عباراته، أما في الحكم القضائي الذي فيه – مثلا – وجوب تسليم مبلغ مالي من المدعى عليه إلى المدعي، لا يظهر المنكر إلا بالتحقيق في الملابسات، وقراءة الحيثيات التي سبب بها القاضي حكمه، وهذا التحقيق لو افترضنا أن الخارج عن الخصومة اطلع عليها كاملة، وتبين له وقوع المنكر فيها فلا يعطيه هذا حق الاختصام بالطعن بطريق النقض.

---

(١) السابق: ص٢٣٥.

(٢) السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام: ص٢٦٧.

(٣) النظام القضائي في الفقه الإسلامي: ص٥٥٤.

- أن الفقهاء(١) قد بينوا – أن الحسبة في تغيير المنكر لا تدخل فيما يحتاج إلى نظر من القضاة، وإنما تكون في المنكرات الظاهرة المعترف بها من فاعلها.
- أن من رأى منكرا واقعا فيه أحد الخصوم أمكنه توجيهه إلى طلب النقض، أو أمكن إبلاغ النائب العام، أو من هو مختص بذلك، دون إقحام نفسه طرفا في خصومة قضائية، لأن الطعن بالنقض هو خصومة قضائية في الأساس.

نتيجة مهمة:

نستخلص من ذلك أنه لم يُعلم خلاف في الفقه الإسلامي حول حق الحاكم، أو من ينوب عنه في القضاء في أن يطعن بنقض الأحكام القضائية التي أصدرها القضاة بكل أنواعهم، سواء العدل العالم، أو الذي ثبت عليه الجور، أو الجهل مع عدم المشورة، إنما كان خلافهم حول مسائل تفصيلية فرعية كجواز التفتيش في سجلات العدل العالم، أو المقلد العدل الذي يستشير العلماء، أما في حالة تأكد الحاكم العام، أو من ينوب عنه من أن حكما معينا فيه مخالفة بينة للشرع، فهذا ما لم تختلف أقوالهم بشأنه، بل دلت أقوالهم – كما تقدم – على أن الحاكم العام أو من ينوب عنه له حق الطعن عليه، وطلب نظره، أو هو نفسه ينظر فيه، وينقضه إن تبينت صحة المخالفة، وذلك كله دون انتظار طعن من الخصم أصحاب المصلحة.

وبهذا نكون قد توصلنا إلى أن الطاعن يمكن أن يكون من وجهة نظر الفقه الإسلامي واحدا مما يأتي:

- الخصم المحكوم عليه بالحكم الأول
- القاضي نفسه مصدر الحكم الأول
- الحاكم أو من ينوب عنه في تصفح أحكام القضاة، ويلحق بذلك القاضي اللاحق إن ترك له ذلك.
- أي فرد من أفراد المسلمين، وهو رأي تفرد به الدكتور محمد رأفت عثمان.

هذا عن الطاعن في خصومة الطعن بالنقض، أما عن المرفوع ضده دعوى طعن بالنقض فلم يعثر الباحث على تفاصيل أو شروط تتعلق به بهذه الصفة، مما قد يفهم منه أنه ليس فيها ما يزيد على شروط المدعى عليه في أي خصومة.

---

(١) انظر: معين الحكام: ج١/ص١٢؛ غمز عيون البصائر: ج٤/ص١١٢؛ تبصرة الحكام: ج١/ص١٩-ص٢٠؛ الأحكام السلطانية للماوردي: ج١/ص٣٠٠-٣٠٢.

المطلب الثاني
الخصوم في الطعن بالنقض في بعض النظم القانونية الإسلامية

النظرة إلى الحكم المستوجب للنقض على أنه منكر يجب تغييره، ظلت هي العامل المؤثر في تحديد الطاعن بالنقض في القضاء الإسلامي المستند إلى التقنين، بل سببت اعتماد المحكمة على أسباب أخرى للنقض غير المطعون بها، فقد قال الشيخ علي حيدر شارح المجلة في شرح المادة ١٨٣٨: «وإذا ظهر لدى التحقيق أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة فيستأنف، أي أنه يبطل الحكم الأول، ويفصل في القضية حسب أصولها المشروعة. سواء كانت عدم الموافقة لأسباب ذكرها المحكوم عليه، أو كانت الأسباب التي بينها المحكوم عليه غير واردة، وتحقق أنه غير موافق للأصول من جهة أسباب أخرى لم يبينها المحكوم عليه، فيبطل الحكم الأول؛ لأن الحكم الغير الموافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة، وظلم، وإزالة الظلم واجبة، وتقريره وتثبيته حرام»[١].

ومع ذلك، لم يجد الباحث في مجلة الأحكام العدلية نصا محددا يفيد أن أحدا من الهيئات القضائية أو الحاكمة، أو أي أحد غير أصحاب الشأن من أطراف الخصومة يحق له نقض الحكم، أو الطعن بنقضه من غير الخصوم، فلم يجد نصا يثبت ذلك، ولم يجد أيضا ما ينفيه، وقد يبرر ذلك أن المجلة كانت تمثل طور البدء للتقنين الإسلامي.

أما رجوع القاضي عن حكمه، فقد بين الشارح أنه أمر لا يترك للقاضي ينقض الحكم بمجرد قوله، فقد ورد في شرح المادة ١٨٣٧: « كذلك إذا حكم القاضي في قضية حسب أصولها المشروعة، وبناء على دعوى صحيحة، وشهادة مستقيمة، ثم رجع عن حكمه بقوله: قد رجعت عن حكمي، أو أبطلت حكمي، أو إنني اطلعت على تلبيس وتزوير الشهود فلا يصح رجوعه... وعليه فلو حكم القاضي بعد الدعوى الصحيحة، والشهادة المستقيمة، وأخطأ في حكمه، وثبت خطؤه بإقرار الشاهد، أو المحكوم له، فينقض الحكم، ولا ينقض الحكم بقول القاضي: إنني أخطأت في حكمي، أي بمجرد قوله، بل يجب ثبوت وتحقق الخطأ كما ذكر آنفا»[٢].

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٠.

(٢) السابق: ج٤/ص٦٨٥.

ومع ذلك فالشارح يقر مبدأ رجوع القاضي عن حكمه في حالة الخطأ البين، حيث قال: «أما إذا ظهر أن حكم القاضي هو خلاف للمشروع، وأنه أخطأ فيلزم عليه الرجوع عن الحكم، مثلا لو حكم القاضي الحنفي المذهب بصحة الهبة في الحصة الشائعة القابلة للقسمة، ثم ظهر له خطؤه فيجب فسخ ونقض هذا الحكم»[١]، ولكن هذا النص ليس صريحا في أنه ينقضه دون طعن من الخصوم.

إن الشارح هنا يريد نفي إمكان رجوع القاضي عن مذهبه إلى مذهب آخر، وهي مسألة كانت من قبل خلافية في القضاء الترجيحي، ولكنه لم ينص صراحة عن أن القاضي يملك - بغير طعن أحد الخصوم - أن ينقض الحكم الأول.

ولقد حددت المادة (١٨٣٨) بوضوح أن المحكوم عليه هو من يملك حق الطعن، حيث نصت على أنه: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور...»[٢]، بينما لم تحدد بدقة ما إذا كان ذلك حقا لغير الخصوم أيضا.

أما الأنظمة السعودية، فقد كانت أكثر تحديدا لماهية المعترض بالتمييز أو النقض، فقد نص النظام القديم والحديث على أنه «لا يجوز الاعتراض على الحكم إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم، أو ممن قضي له بكل طلباته، ما لم ينص النظام على غير ذلك»[٣] فكان بذلك أكثر تحديدا من القانون العثماني الوارد في مجلة الأحكام العدلية؛ حيث استخدم أسلوب الحصر (لا يجوز ... إلا)، وقصر بذلك الاعتراض أو الطعن على المحكوم عليه، والذي لم يقبل الحكم، ولم يُقض له بكل طلباته.

وقد ترك ذلك النظام متسعا تشريعيا لإضافة أي معترض جديد، حيث قال: «ما لم ينص النظام على غير ذلك»، ووجدت بالفعل تلك الإضافة في لائحة تمييز الأحكام بالمملكة التي نصت على أنه: «لرئيس القضاة - بصفة استثنائية - أن يأمر بتمييز أي حكم يرى تمييزه»[٤]، والتمييز في ذلك النظام يقابل النقض والاستئناف معا كما سيتبين.

ولكن هذا النقض أو التمييز الذي يحق لرئيس القضاة، لم يعثر الباحث عليه في نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد، ولا في لائحته التنفيذية، مما يعني أن الطعن بالنقض في ذلك النظام لم ينص على طاعن غير الخصوم أنفسهم أصحاب المصلحة المباشرة من طعنهم، وبالتالي إذا ارتضى

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: الصفحة نفسها.

(٢) السابق: ج٤/ص٦٨٦.

(٣) م١٧٤ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص١٩٣؛ المبسط: ص٢٨٢ - ٢٨٤، المرجع: ص٤٧٢.

(٤) م٤ لائحة تعليمات تمييز الأحكام الشرعية الصادرة في ١٣٨٦/١١/٢٥هـ.

الخصوم بالحكم الذي فيه مخالفة بينة، أو فاتهم وقت الطعن اكتسب الحكم قطعية، واستقر، وصار صاحبه يملك به قوة تنفيذية نهائية.

لهذا تقترح الدراسة على المشرع السعودي إعادة النص على حق رئيس القضاة في تمييز أي حكم يراه، أي أن يخول له القانون أن يطعن فقط، ثم يعرض الحكم على المحكمة العليا، فإن وجدت فيه مخالفة بينة نقضته، وإن لم يطعن الخصوم، وهذا - كما تبين - هو ما اتفق عليه فقهاء الشريعة على مر العصور[١].

ونص قانون الإجراءات المدنية السوداني على إعطاء مثل هذا الحق للمحكمة العليا، فنص على أنه: «لا تخضع أحكام المحكمة القومية العليا للمراجعة، على أنه يجوز لرئيسها أن يشكل دائرة تتكون من خمسة قضاة من المحكمة العليا؛ لمراجعة أي حكم صادر منها، إذا انطوى ذلك الحكم على مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ويصدر قرار الدائرة بأغلبية الأعضاء»[٢].

كما أعطى قانون المرافعات والتنفيذ اليمني سلطة الطعن في الأحكام الباتة لرئيس الجمهورية، إن رأى أنها تشتمل على أخطاء، فنص القانون على أنه: «لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم بات يرى أنه يشتمل على خطأ يضر بالعدل مع تبيين وجه الخطأ...»[٣].

وقد لقيت هذه المادة هجوما شديدا من بعض فقهاء القانون اليمنيين[٤]؛ بناء على أنه إهدار لحجية الأحكام الباتة، وانتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات.

غير أن هذه المادة توافق ما تقرر في الفقه الإسلامي؛ وذلك لما يأتي:

- تقرر سابقا أن إعطاء سلطة تعقب الأحكام لرئيس الدولة أمر كان مستقرا في الفقه الإسلامي، ونص عليه الفقهاء[٥].
- أن الناس في خصوماتهم - المالية وغيرها - لهم حقوق خالصة تجاه بعضهم بعضا، ولله حقوق خالصة، وهناك أمور يكون لله حقوق وللعباد حقوق في الخصومات ذاتها، وولي الأمر أو نائبه مسؤول عن تقرير حقوق الله حينما يصدر حكم بخلافها ويتراضى به الخصوم، كعقد الربا -

(١) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤؛ الذخيرة: ج٨/ص١٢١؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٨٢؛ وانظر: ص٥٥-٥٧ من هذا البحث.

(٢) م٢١٥ إجراءات سوداني.

(٣) م٢٩٣/أ مرافعات يمني.

(٤) انظر: موسوعة شرح قانون الإجراءات الجزائية، حسن علي مجلي، دار جامعة صنعاء، اليمن، د.ت: ج٤/ص٢٦٧ وما بعدها.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤-٢٥٦؛ البيان: ج١٣/ص٦٣-٦٤؛ المغني: ج١٠/ص٥٣؛ نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٤؛ السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام: ص٢٦٧.

مثلا - إن تراضى به المتداينان، فحق الله تعالى أن يفسخ هذا العقد، وأن ينقض الحكم القضائي الذي قرره، ويفسخ كل ما بني عليه، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك.

- أن مبدأ الفصل بين السلطات هو مبدأ غربي النشأة، ابتدعه[١] المفكر الفرنسي مونتسكيو[٢]، ثم دخل مع مفاهيم الحضارة الغربية، وأن الدولة الإسلامية والفقه الإسلامي لم يعرف ذلك المبدأ بشكله الذي يمنع الحاكم العام من تصفح أحكام القضاة وتعقبها إلا مع دخول المفاهيم الغربية.
- أن المادة آنفة الذكر التي تخول لرئيس الجمهورية اليمني الطعن في أي حكم بات، هي لا تخول إلغاء الأحكام، وإنما تخول له فقط الطعن فيها بعرضها على القضاء، وتتكون هيئة المحكمة التي تعيد النظر من سبعة قضاة من المحكمة العليا - ليس بينهم القاضي الذي سبق له الحكم في القضية - وأن يصدر القرار بأغلبية خمسة قضاة من السبعة على الأقل[٣]، فليس في مجرد عرض القضية على المحكمة العليا إهدار للحكم، أو تغول للسلطة التنفيذية على السلطة القضائية.

وقد تقدم في المطلب السابق أقوال الفقهاء بحق ولي الأمر في الطعن في الحكم القضائي أو نقضه.

ومن هنا يتبين أن مصلحة الخصوم ليست الباعث الوحيد على الطعن بالنقض في القضاء الإسلامي، وأن المنفعة الدنيوية المباشرة ليست العنصر الوحيد المؤثر في قبول الطعن بطريق النقض، وإنما ثمة باعث ديني لا يقل أهمية عن المصلحة الشخصية، إن لم يزد عليها؛ ليصبح أحيانا هو الدافع الرئيس أو الوحيد للنقض؛ ولهذا السبب لم يقصر فقهاء الشريعة الطاعن على أحد الخصوم، أو المحكوم عليه كما في القوانين الوضعية، وإنما سمحوا للحاكم بتصفح أحكام القضاة، وأجازوا للقاضي مراجعة أحكام نفسه، وأجاز بعضهم للقاضي اللاحق تصفح أحكام القاضي السابق، وأوجبوا تعقب

---

(١) كانت أوروبا تعاني في عصر الإقطاع من الحكم الاستبدادي الذي يجمع كافة السلطات والثروات ويجعل منها ملكية خاصة يتصرف فيها الإمبراطور، وظل ذلك حتى ظهور نفر من المفكرين الذين ثاروا على الاستبداد، وعلى رأسهم مونتسكيو الذي يعد أهم من نظَّر لفكرة الفصل بين السلطات، وهو يعد ذا أثر عظيم في دساتير العالم إلى يومنا هذا. انظر: روح الشرائع، لمونتسكيو، ترجمة عادل زعيتر، مراجعة جورج الكفوري وإدمون رباط، دار المعارف، القاهرة، ط١، ١٩٥٣م: ص٢١ وما بعدها.

(٢) هو: مونتسكيو جاك دولا سكوندا، مفكر ومناضل سياسي فرنسي، درس التاريخ وعمل بالسياسة، وألف كتاب (الرسائل الفارسية) عام ١٧١٢م، وطبعه عدة طبعات دون كتابة اسمه عليه، حيث كان ينتقد الأوضاع السياسية والدينية في البلاد من خلال رسائل لصديق فارسي وهمي قدم من فارس وزار أوروبا، ثم ألف كتابه الشهير (روح القوانين) فهاجمته الكنيسة، لدرجة أنه قضى السبع سنوات الباقية يدافع عنه، فألف كتابا أسماه (الدفاع عن روح الشرائع)، ومات في باريس عام ١٧٥٥م. انظر: روح الشرائع: مقدمة المترجم ص٣ وما بعدها.

(٣) انظر: م٢٩٣/أ، ب مرافعات يمني.

أحكام القاضي المقلد الذي لا يستشير العلماء، ونقض أحكام قضاة الجور وإن كان ظاهرها الصحة، كل هذا لم يشترطوا فيه تقدم أحد الخصوم بطعن أو تظلم كما تبين.

يفسر ذلك أن قضية الحكم في الإسلام - ومنه القضاء - قد احتلت مكانة عظيمة، وسلك أهل السنة في فهمها طريقا وسطا، فلم يفرطوا في ثوابتها بالغض من شأنها، أو بالفصل بين ألوهية الله وحاكميته في الوجود، ولا هم بالغوا فادعوا العصمة لغير الأنبياء والمرسلين، ولا جعلوا نظام الخلافة الإسلامية من أصول العقيدة، بل هي حكم شرعي كسائر الأحكام.

وهذه الصبغة الدينية للحكم الإسلامي جعلته - لدى المؤمنين به - يسمو فوق المصالح الشخصية والمنافع الآنية، فالمؤمن يضجر لمجرد شعوره بأن حكم الإسلام غير مطبق، حتى ولو لم تكن ثمة مصلحة شخصية له، بل لو كان ذلك ضد مصلحته.

والإسلام لا تنفصل فيه مسائل الحكم والسياسة عن الدين، فالإسلام نظام شامل، يتناول مظاهر الحياة جميعها، فالسياسة تدار بالدين، مما يكسب أحكامه القضائية صبغة دينية تبعث على إكبار تلك الأحكام وإجلالها، وتجعل الخصوم متى أدركوها امتثلوا لها بوازع من تقوى الله، ليس فقط بالإلزام الجبري.

إن رقابة الحاكم، أو من ينوب عنه من الكوادر القضائية على أحكام القضاة، وتصفحها، ونقض الفاسد منها دون انتظار طعن أصحاب المصلحة من الخصوم هو أمر ثابت في الفقه الدستوري الإسلامي؛ لأن فلسفة الحكم والقضاء في الإسلام تقوم على أن ولي الأمر يعمل على حراسة الدين وسياسة الدنيا[١]، كما أنه - أي ولي الأمر أو الحاكم العام في الدولة - هو الأصل في فصل الخصومات بين الناس، فهو الذي إليه مرجع القضاء، وقد بينت لنا الأخبار أن «الأنبياء والمرسلين - صلوات الله عليهم أجمعين - قضوا بين الأمم بأنفسهم، وقلدوا غيرهم، وأمروا بذلك... وقلد النبي - عليه الصلاة والسلام - كثيرا من أصحابه - رضي الله تعالى عنهم - الأعمال... وكذا الخلفاء الراشدون قضوا بأنفسهم، وقلدوا غيرهم»[٢].

وقد أقر بعض فقهاء القانون بأن هذا الوضع كان هو الأصل في عهد الرسول ﷺ والخلفاء الراشدين، فعقد فصلا عن استقلال السلطة القضائية، وقال فيه تحت عنوان فرعي هو «عدم الفصل بين السلطات في عهد الرسول ﷺ، وفي عهد الخلفاء الراشدين» جاء فيه: «وهكذا اجتمعت لدي[٣] رسول الله ﷺ سلطات الدولة الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية... ولم يختلف الأمر في عهد

---

(١) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ص٣.

(٢) بدائع الصنائع: ج٧/ص٣؛ وانظر: البيان: ج١٣/ص٨.

(٣) كذا بالأصل، ولعل الصواب «لدى».

الخلفاء الراشدين»[١].

ويلاحظ أن هذا المفهوم ظل هو السائد حتى سقوط الدولة العثمانية، وتشهد بذلك المادة (١٨٠٠) من مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيها: «القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم»، وقال الشارح «فلذلك ينبغي أن يعين القاضي بأمر سلطاني، وحق عزل ونصب القاضي هو للسلطان صاحب الولاية العظمى، أو لمن يأذنه السلطان»[٢].

وعلى هذا فالحاكم الإسلامي العام موكل بأمر القضاء، وله أن ينيب فيه من يشاء، وتبقى مسؤوليته على كل حال؛ لأنه من أحد مهامه وواجباته، طبقا لما جاء في الأحكام السلطانية: «والذي يلزمه من الأمور العامة عشرة أشياء... الثاني: تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين، وقطع الخصام بين المتنازعين حتى تعم النصفة»[٣].

وكما جاء في التبصرة: «وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة، فإنهم قوام أمره، ورأس سلطانه، وكذلك قاضي الجماعة، فينبغي أن يتفقد قضاته ونوابه، فيتصفح أقضيتهم، ويراعي أمورهم، وسيرتهم في الناس. وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاة أن يسأل الثقاة عنهم»[٤].

وكما جاء في الإحكام للقرافي، حيث تساءل: هل كل إنسان يستطيع إنشاء حكم رافع للخلاف، واجب التنفيذ، فأجاب بأن ذلك لأفراد معينين، وسردهم حسب رتبهم، وقال: «الرتبة الأولى: الإمامة الكبرى، فأهلية جميع أنواع القضاء في الأموال والدماء وغيرها: جُزْؤُها، وهي صريحة في ذلك، فتتناول بصراحتها أهلية القضاء، وأهلية السياسة العامة»[٥].

وقد جاء في كتاب نظام القضاء في الشريعة الإسلامية تساؤل وإجابة حول هذا الأمر: «ولكن من يقوم بتدقيق هذه الأحكام، فيمضي ما يستحق الإمضاء، وينقض ما يستحق النقض؟ يبدو لي أن الذي يقوم بذلك هو الخليفة، أو نائبه، أو من يخوله، وسواء كان ذلك بطلب من أصحاب الشأن بالأحكام، أو بدون طلب منهم»[٦].

وأمر تصفح الخلفاء والولاة لأحكام القضاة بوصفهم نوابا عنهم في القضاء هو أمر مقرر في تاريخ

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٧٦ بند٢٤؛ وانظر: عبد الفتاح السيد، الوجيز في المرافعات: ص١٩؛ عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري-دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط٢، ٢٠٠٠م: ج١/ص٤٧ بند٦١.

(٢) وذلك خلافا لما انتهى إليه الدكتور السيد صاوي من أن ذلك تغير بعد عصر الراشدين، انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٧٦ بند٢٤.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٢.

(٤) تبصرة الحكام: ج١/ص٨٧.

(٥) الإحكام للقرافي: ص١٦٣.

(٦) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٣٥.

الدولة الإسلامية[١].

ومن هنا فقد قررت الشريعة أن لرئيس الدولة، أو نائبه أن يتصفح أحكام القضاة، وأن ينقض منها ما كان مخالفا للشرع مخالفة لا تحتمل التأويل، كما قررت أن النقض لا يتم فقط من أجل مصلحة أحد الخصوم، بل لأن الله أمر به، ومن هنا جاء قول الفقهاء بنقض الحكم من غير تظلم الخصوم منه، أو طعنهم فيه.

هذا عن الطاعن بالنقض، ولم يعثر الباحث على أي إضافة تتعلق بالمرفوع ضده دعوى طعن بالنقض في النظم الإسلامية، مما يرشد إلى أنه ليس به شروط تزيد على المدعى عليه بأي دعوى عادية.

(١) انظر: تاريخ القضاء في الإسلام، محمد الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) للزحيلي: ص١٨٥.

المطلب الثالث

الخصوم في الطعن بالنقض في قانون المرافعات المصري

أولا: الطاعن:

ينص قانون المرافعات المصري في المادة (٢١١) على أنه: «لا يجوز الطعن فى الأحكام إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز لمن قبل الحكم، أو ممن قضى له بكل طلباته ما لم ينص القانون على غير ذلك»

ومعنى هذا أن الطاعن ينبغي أن يكون له مصلحة مباشرة في الطعن، بمعنى أنه لا يجوز أن يطعن غير المحكوم عليهم في القضية، كما أنه لا يجوز الطعن لمن قِبِل بالحكم، أو من قضت له المحكمة بإجابة كل طلباته.

وكما ورد في شرح هذه المادة لبعض الباحثين فإنه «يشترط لقبول الطعن قيام المصلحة والصفة في الطاعن»(١).

ويبدو جليا عدم الالتفات إلى المبادئ الدينية، أو ما يعرف بحقوق الله في اعتبار المصلحة الدنيوية، ذلك أن هذا القانون مستمد من الفكر الغربي، وهو فكر قام على عقيدة فصل الدين عن الحكم والأمور السياسية، فأصبحت المنفعة المادية هي المصلحة التي يحرص القانون على تحقيقها، كما ورد في شرح ذلك لبعض الباحثين تحت عنوان: المصلحة كشرط لقبول الطعن، بقوله: «يقصد بالمصلحة أن يكون للطاعن هدف نافع من طعنه، وهذا الهدف يتحقق من إزالة الضرر الذي أصابه من الحكم المطعون فيه، فالمصلحة يقصد بها أن هناك خسارة أو ضرر(٢) حاق بالطاعن نتيجة الحكم الصادر... وتقوم هذه المصلحة عندما يكون الطاعن محكوما عليه بشيء لخصمه، أو رفضت بعض طلباته، فإذا حكم للخصم بكل طلباته انعدمت مصلحته في الطعن... هذه هي المصلحة المقصود توافرها كشرط لقبول الطعن»(٣).

فلا يجوز إذن أن يطعن أحد الخصوم بأن الحكم الصادر ضده مخالف لقطعي من الدين، أو إن يهدر حقا من حقوق الله تعالى، إذا كان طعنه لا يعود عليه بأي منفعة، فلا مصلحة - قانونا - ولا فائدة تعود على الطاعن بكون الحكم يخالف قطعي الشريعة، أو بكون الحكم المقضي به يهدر حقا

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٦١٧؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦١٧-٦١٩.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «ضررا».

(٣) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٦١٧.

من حقوق الله تعالى، وبالتالي لا يجوز لأي من الخصوم التظلم من ذلك، بل لا يجوز طعن الحاكم نفسه، أو من ينوب عنه من هيئات أو أفراد، إذا وجدت مخالفة للدين، على نحو ما ورد في بحث الطاعن في الشريعة الإسلامية.

وقد ورد تفصيل لذلك في أحد أحكام محكمة النقض قالت فيه:

«لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع... لا يكون لصاحبه فيها أي مصلحة شخصية، ومباشرة، وقائمة يقرها القانون... وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول» إلى أن قالت المحكمة: «معيار المصلحة الحقة، سواء كانت حالة، أو محتملة إنما هو كون الحكم المطعون فيه قد أضر بأحد الخصوم، حين قضى برفض طلباته كلها، أو قضى له ببعضها دون البعض الآخر»(١).

نعم هناك استثناء في آخر المادة (٢١١)، وهو: «ما لم ينص القانون على غير ذلك» وهناك المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات تعد استثناء قد نص القانون عليه، وهذه المادة نصها كالآتي:

«للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية – أيا كانت المحكمة التى أصدرتها – إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون، أو خطأ فى تطبيقه، أو فى تأويله، وذلك فى الأحوال الآتية:

١- الأحكام التى لايجيز القانون للخصوم الطعن فيها

٢- الأحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها، أو نزلوا فيها عن الطعن.

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم، ولايفيد الخصوم من هذا الطعن»

فهذه المادة قد أعطت النائب العام الحق في الطعن بالنقض لمصلحة القانون، وهي – بالطبع – مصلحة مبدئية غير مادية، ولا شخصية، ولكن هذه المادة جعلت الطعن جائزا للنائب العام لا واجبا، مما يعطي انطباعا بعدم قدسية القانون؛ لأنه قد يتصور أن حكما قضائيا خالف القانون، ورضي به الخصوم، ولم يطعن النائب العام عليه استنادا إلى كون الطعن جوازيا، فلا يعطي القانون هنا إمكانية لأحد أيا كان في نقض ذلك الحكم لمصلحة القانون الذي خولف.

فالمادة تقول: «للنائب العام أن يطعن... »، وقد تقدم أن فقهاء الشريعة اتفقوا في هذه الحالة على النقض وجوبا، ووقعت عبارة الشافعي في حالة تبين القاضي أن حكم نفسه مخالفا للشرع «رده، ولا يسعه غير ذلك»(٢).

---

(١) طعن مدني رقم ٦٦١، ٦٦٢ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٥/٨/١م.

(٢) الأم: ج٧/ص٩٩.

وقد فسر بعض فقهاء القانون[١] الباعث على هذه المادة قائلا: «فالأصل أن الطعن بالنقض حق مقرر فقط للخصم الذي يتضرر من الحكم الصادر في مواجهته؛ لعدم مطابقته للقانون، ومن خلال مصلحته الخاصة التي تدفعه لنقض الحكم تتحقق المصلحة العامة باحترام المحاكم للقانون... فقد لاحظ الفقه – بحق – أن الخصوم يعنيهم البحث عن حقوقهم الخاصة... فهؤلاء قد لا يجيز لهم القانون أصلا الحق في الطعن في الحكم بالنقض، فلا يملكون الطعن فيه ولو كان مخالفا للقانون، وقد يجيز لهم القانون الحق في الطعن، فلا يستخدم الخصم صاحب المصلحة هذا الحق، إما تجنبا للمصاريف... وإما نتيجة للملل من طول إجراءات التقاضي... وإما لتصالح تم بينه وبين من صدر الحكم لصالحه... في كل هذه الفروض؛ يتعطل دور محكمة النقض، فتتحصن الأحكام المخالفة للقانون، وتتعرض أحكام القضاء لمغبة الاختلاف فيما بينها بشأن التطبيق والتفسير... فاستحدث المشرع المصري تأسيا بالقوانين المعاصرة نظام الطعن بالنقض لمصلحة القانون من النائب العام...».

وطعن النائب العام مشروط بعدم وقوع طعن فعلي مقبول من طرف أحد الخصوم، وفي ذلك يقول: «مناط مباشرة النائب العام لحقه في الطعن ألا يكون للخصوم الحق في الطعن بالنقض... بمعنى أن طعن الاثنان[٢] لا يجتمعان، فلا محل لطعن النائب العام طالما أن حق الخصوم في الطعن ما زال قائما... فإذا كان هذا الحق منعدما أصلا، أو سقط بقبول المحكوم ضده للحكم، أو بتفويته ميعاد الطعن، كان للنائب العام الحق في الطعن؛ لأنه لم يعد هناك طريق آخر لإصلاح الحكم»[٣].

وهذا الطعن لا يستهدف تغييرا فعليا لما حُكم به بين الخصوم، فهو «طريق استثنائي للطعن بالنقض في الحكم المخالف للقانون، يستهدف فقط المصلحة العامة المتمثلة في ضمان توحيد أحكام القضاء بشأن تطبيقها وتفسيرها للقانون تأكيدا لوحدة القانون في الدولة»[٤].

إذن لم يبق غير الحرص على القانون من أن يطبق نفس الحكم الخاطئ على حالات مشابهة، فيصبح الحفاظ عليه من السبق القضائي للحكم الطعين ضرورة، بمعنى أنه: «ينحصر دور محكمة النقض عند قبول الطعن في بيان أوجه مخالفته للقانون، فتهدر قيمته كسابقة قضائية، فليس لها أن تحيل الموضوع إلى المحكمة التي أصدرته؛ لتفصل فيه على ضوء ما قررته من صحيح القانون، كما لا يجوز لها أن تتصدى بنفسها للفصل في الموضوع، ولو كان صالحا للفصل فيه»[٥].

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٤٧-١٢٥٠ بند٧٦١ (بتصرف يسير).

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الاثنين».

(٣) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٥٠-١٢٥١ بند٧٦٢؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٧٥-٧٧٧.

(٤) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٤٧ بند٧٦١.

(٥) السابق: ص١٢٥٤ بند٧٦٤؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٧٧.

لهذا قيل إن «هذا الطعن لا يفيد ولا يضار منه الخصوم، فهو طعن يهدف لإرساء المبادئ القانونية على أساس سليم... ويرى البعض أن هذا الطعن هو محض طعن نظري»(١).

«وتبدو هذه النتيجة مصدمة(٢) للشعور، إذ كيف يظل الحكم منتجا كافة آثاره بين الخصوم رغم نقضه؟ وتبدو الصدمة أكبر في مجال المسائل الجنائية»(٣)، لذا تساءل بعض الباحثين(٤) قائلا: «إذا أمكن أن يتحمل من لم يطعن مغبة تقصيره، فلا يستفيد من طعن النائب العام، فكيف يحرم من هذه الفائدة من مُنع من هذا الحق أصلا؟ لذا، فإننا نأمل أن يعالج المشرع هذا القصور».

قد يقال إن الخصوم في الحالة الأولى - وهي حالة عدم جواز الطعن لهم أصلا - التي منعهم المشرع من الإفادة من الطعن، ينبغي ألا يغير هذا الطعن حالتهم؛ لأنه موضوع أصلا لمصلحة القانون، كما أن الخصوم الذين كان لهم حق، وفاتهم ينبغي ألا يتغير موقفهم بهذا الطعن، لكن هذا الأمر ليس أمر الحديث عن جلب منفعة لطرف لا يستحقها، بل الأمر أمر حكم ثبت كونه مخالفا للعدالة، وأمر ظلم بيّن ينبغي رفعه.

صحيح أن الفقه الإسلامي قرر - كما تقدم - أن الحاكم العام أو من ينوب عنه لا يحق له تنفيذ نقض حكم في حقوق آدمي بغير مطالبة منه، وحتى إن رأى فيه مخالفة للشريعة، لكن هذا لا يعني منع أحد الخصوم من الإفادة من نقض الحكم إن طالب بحقه المترتب على هذا النقض.

وقد قارن الدكتور نصر فريد واصل بين طعن النائب العام في القانون المصري، وتصفح الحاكم أو من يقلده في الشريعة الإسلامية، فوصل لنتيجة مشابهة حيث قال: «ما قرره المشرع المصري الأول مرة(٥) في قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٦٨م من تحويل(٦) النائب العام حق الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية قد سبقت إليه الشريعة الإسلامية بما هو مقرر من أن قاضي القضاة أو من قلده ولي الأمر أن ينظر من تلقاء نفسه في أحكام القضاة، فينتقض منها ما يحتاج إلى النقض، إلا أنه هنا لا يحرم الخصوم من الإفادة من نقض الحكم. على عكس ما ذهب إليه المشرع في القانون المصري»(٧).

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص٧٠٥.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «صادمة».

(٣) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٥٤ بند٧٦٤.

(٤) السابق: الصفحة نفسها.

(٥) كذا بالأصل، ولعل الصواب «لأول مرة».

(٦) كذا بالأصل، ولعل الصواب «تخويل».

(٧) السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام: ص٢٦٧.

فقد ورد عن بعض من الحنابلة والشافعية أن الحاكم المتصفح لأحكام قاض معين إن وجد منتقضا نقضه، إلا أن يتعلق بحق آدمي لا ولاية له عليه «لم يجز نقضه؛ لأنه لا يستوفى من غير مطالبة من له الحق»(١)، وقد تقرر أن الفقهاء مجمعون على وجوب إيقاع النقض فيما يتعلق بحقوق الله تعالى(٢).

والحقيقة هي أن طعن النائب العام لا يهدف إلى تحقيق قيمة قضائية، بقدر ما يهدف إلى تحقيق قيمة تشريعية، من خلال إلغاء السابقة القانونية للحكم الطعين، بوصف السبق القضائي - في القوانين الوضعية - يمثل قيمة تشريعية تجعل الحكم صالحا للتطبيق على الوقائع المشابهة.

ثانيا: المطعون ضده:

تبين فيما سبق كيف تعرضت المادة (٢١١) للشروط التي ينبغي توافرها في الطاعن بطريق النقض، ككونه صاحب مصلحة من طعنه، وكونه لم يسبق له قبول الحكم، وكونه لم يقض له بجميع ما طلبه من المحكمة التي أصدرت الحكم الطعين، أما الشروط التي ينبغي توافرها في المطعون ضده لكي يكون الطعن مقبولا فلم ترد بشأنه أي مادة في أحكام الطعن، مما يدل على أن المدعى عليه بدعوى الطعن تطبق عليه الأحكام العامة في الدعوى، بالإضافة إلى ما قررته بشأنه محكمة النقض من أحكام.

ومن ذلك ما قالته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامه من أنه: «لا يكفي فيمن يُختصم في الطعن أن يكون خصما للطاعن في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، بل يجب أن تكون له مصلحة في الدفاع عنه حين صدوره لاستفادته منه»(٣)، أي إنه إذا اشترط تحقق مصلحة للطاعن من طعنه، فكذلك لابد للمطعون ضده أن تكون ثمة مصلحة من الحكم الطعين؛ لكي يكون قد دافع عنه، وطالب به.

---

(١) البيان: ج١٣/ص٦٣ - ٦٤؛ وانظر: المغني: ج١٠/ص٥٢-٥٣.

(٢) انظر: ص١٢٠-١٢٤ من هذا البحث.

(٣) طعن مدني رقم ٦٠٤٩ لسنة ٧٢ - جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م.

المطلب الرابع

المقارنة والترجيح

أولا: وجه الاتفاق:

اتفق كل من الفقه الإسلامي، والنظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على حق المحكوم عليه في أن يطعن بنقض الحكم الصادر ضده، إذا ما توافرت له الشروط والأسباب المعتبرة.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

الاختلاف الأول: من له حق الطعن بالنقض تفصيلا:

١- الفقه الإسلامي:

الفقه الإسلامي لم يقصر حق الطعن بالنقض على صاحب المصلحة المحكوم عليه؛ لأن لله حقوقا لابد من مراعاتها في الأحكام القضائية، والإخلال بها لا يقل عن الإخلال بحقوق العباد في استلزامه للنقض، ولهذا سُمح بالطعن من قِبل أشخاص عديدين، وهم:

- المحكوم عليه صاحب المصلحة
- القاضي الذي رجع عن حكمه لمخالفة بينة، وذلك على خلاف بينهم في الرجوع في الاجتهاديات، ورجحت الدراسة قصر النقض على مخالفة القطعيات المجمع عليها
- الحاكم أو من ينوب عنه في تصفح أحكام القضاة، وذلك على خلاف بينهم في جواز النقض إذا كان النقض في حق آدمي دون حق الله تعالى، ورجحت الدراسة قول المالكية بأن يعم النقض كافة الحقوق، مع توقف النفاذ على مطالبة الآدمي فيما هو من حقه
- أي مسلم من حقه طلب نقض الحكم إذا علم أن فيه مخالفة بينة، بل يجب عليه ذلك، وهو رأي تفرد به بعض الباحثين، ولم ترجحه الدراسة؛ استنادا إلى أن الحسبة تقتصر على المنكرات المعترف بها، وما ليس من شأن القضاء.

٢- النظم القضائية الإسلامية:

ما تناولته الدراسة من نظم قضاء إسلامية قد اختلف في تحديد من له الحق بالطعن بنقض الحكم القضائي، على النحو الآتي:

- مجلة الأحكام العدلية لم يعثر فيها على بيان صريح بمن له حق نقض الحكم، أو الطعن بنقضه، ففي حين تنص المجلة في أحد المواضع على أن نقض الأحكام يكون بسبب أنها منكر واجب

الإزالة، وأن القاضي يملك الرجوع عن حكمه في حالة الخطأ البين، لا نجدها تنص على غير المحكوم عليه في الطعن بالنقض، ولم تذكره في عبارة حصرية تمنع غيره.

- أما النظام السعودي السابق فقد أقر لرئيس القضاة بالحق الجوازي الاستثنائي في تمييز أي حكم يرى تمييزه.
- أما نظام المرافعات السعودي الجديد الذي حل محل ذلك النظام، فلم يذكر ذلك الحق لرئيس القضاة، ولا لأحد غيره بحسب اطلاع الباحث.
- أما قانون الإجراءات المدنية السوداني فجعل ذلك للمحكوم عليه، ثم لرئيس المحكمة العليا إذا رأت الحكم مخالفا للشريعة.
- أما في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فحق الطعن يكون للمحكوم عليه، وللنيابة العامة، كما أنه جعل سلطة الطعن في الأحكام الباتة لرئيس الجمهورية.

٣- قانون المرافعات المصري:

جعل قانون المرافعات المصري الأصل في الطاعن بالنقض أن يكون محكوما عليه أو محكوما له صاحب مصلحة، فقد ربط حق الطعن بوجود المصلحة، وهي تتمثل في عدم إجابة الحكم الطعين لجميع طلبات الطاعن، واستثنى حالة معينة أجاز فيها للنائب العام الطعن في الحكم لمصلحة القانون، بشرط عدم أحقية أحد الخصوم للطعن فيه، ولكن القانون قرر ألا يفيد من هذا الطعن أيٌّ من الخصوم.

الراجح:

يبدو أن الفقه الإسلامي، والنظام السعودي القديم، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وكذا قانون الإجراءات المدنية السوداني قد نظروا إلى الحكم المستحق للنقض على أنه لابد من نقضه ديانة حتى ولو لم يسْعَ المحكوم عليه من الخصوم في نقضه.

أما النظام السعودي الجديد فيبدو أنه رأى في قول الحنابلة بتوقف النقض على مطالبة أحد الخصوم مندوحة له لإعمال مبدأ حرية الخصوم في ترك شيء هو من حقهم، بما قد يعد سكوتهم رضًا أو نزولا عن حقهم، ولكن تبقى مشكلتان:

- أنه لا مبرر لتطبيق ذلك فيما يتعلق بحقوق الله تعالى كالزواج والطلاق وما شابهها، وحقه سبحانه في فسخ العقود المحرمة الباطلة، كعقد الربا، وقد اتضح إجماع الفقهاء على نقض الحاكم العام أو نائبه فيما تعلق بحقوق الله تعالى.

- أن نقض الحكم نظريا في حقوق الآدميين باتَ اليوم ضرورة في ظل تطور حفظ السجلات، وبقائها مادة متاحة للجميع، فضلا عن احتمال تناقض الحكم المستحق للنقض مع مثيل له صحيح في حادثة مشابهة.

أما قانون المرافعات المصري فغلّب الاعتبار العملي، ومبدأ سيادة الخصوم، لكنه اصطدم بإمكان السبق القضائي للأحكام المستحقة للنقض، ولم يراع الناحية الدينية التي تحتم نقض الحكم المستحق للنقض لمجرد مخالفته للشريعة، بغض النظر عن طعن الخصوم، فاتبع طريقة طعن النائب العام لمنع السبق القضائي، وليس للناحية الدينية.

وبناء عليه يترجح أن الطاعن بالنقض ينبغي ألا يخرج عن اثنين:

- أولهما: الخصم المحكوم عليه أو الذي لم يقض له بكل طلباته
- والثاني: ولي الأمر العام أو من أنابه ولي الأمر في ذلك.

ويترجح قول المالكية بشأن نقض ولي الأمر المتصفح بغض النظر عن مطالبة الخصوم، واقتراح الجمع بينه وبين رأي الشافعية والحنابلة، بجعل النقض دون إذنهم، أما النفاذ فيتوقف على مطالبتهم فيما يتعلق بحقوقهم الخالصة، وهو أيضا يستفاد من القانون المصري فيما يمكن تسميته بالنقض النظري، أي عدم التنفيذ على الخصوم، ولكن يخالفه في أمرين:

- أن عدم النفاذ هو فيما يتعلق بحقوقهم الخالصة، أما ما كان فيه حق لله تعالى فيؤمرون بتنفيذ النقض ديانة.
- أنهم إن كان النفاذ لا يتم بدون مطالبتهم فلا يحرمون منه إن أرادوه.

المقترح:

تقترح الدراسة على القائمين على سن الأنظمة السعودية إعادة النص على حق رئيس القضاة في تصفح أي حكم يراه، أو تمييزه أو الطعن بنقضه، أي إن يخول له النظام أن يطعن فقط، ثم يعرض الحكم على المحكمة العليا، فإن وجدت فيه مخالفة بينة نقضته، وإن لم يطعن الخصوم.

كما تقترح الدراسة على السلطة التشريعية في مصر تعديل طعن النائب العام؛ ليكون كالآتي:

تعدل الفقرة الأخيرة من: «... ولايفيد الخصوم من هذا الطعن» إلى «... ولا ينفذ نقض الحكم المبني على هذا الطعن على الخصوم إلا فيما كان متعلقا بحق من حقوق الله تعالى، أو إذا طالب المحكوم له بتنفيذه».

الاختلاف الثاني: طعن الحاكم العام أو نائبه بين الوجوب والجواز:

١- الفقه الإسلامي:

هناك اتفاق في الفقه الإسلامي - بحسب اطلاع الباحث - يرى أنه إن وجد الحاكم أو نائبه حكما يستحق النقض لمخالفته الشريعة نقضه وجوبا، ولا يسعه غير ذلك، وأن الخصوم يؤمرون أمرا باستئناف الخصام في حالة كون الحكم يتعلق بحق لله تعالى، وهناك خلاف حول جواز النقض المتعلق بحق من حقوق الآدميين.

٢- النظم الإسلامية:

- مجلة الأحكام العدلية قررت أن الحكم المخالف للعدالة ظلم واجب التغيير، وتوجب نقض الحكم لأسباب لم يذكرها الطاعن، غير أنها - أي المجلة - لم يرد بها نص صريح أو لائحة تنفيذية تفيد ذلك بحسب اطلاع الباحث.
- قانون الإجراءات المدنية السوداني ينص على الحق الجوازي لرئيس المحكمة العليا في مراجعة أي من أحكامها إذا انطوى على مخالفة لأحكام الشريعة.
- قانون المرافعات والتنفيذ اليمني ينص على الحق الجوازي لرئيس الجمهورية في طلب إعادة النظر في أي حكم بات يرى أنه مناف للعدالة.
- لائحة تمييز الأحكام الشرعية في نظام المرافعات السعودي السابق تنص على الحق الجوازي لرئيس القضاة في تمييز أي حكم يرى تمييزه.

٣- قانون المرافعات المصري:

نص قانون المرافعات المصري على الحق الجوازي للنائب العام في الطعن في الحكم المخالف للقانون بشروط معينة.

الراجح:

يترجح جانب الفقه الإسلامي، وهو وجوب نقض الحاكم أو نائبه للحكم القضائي الذي تبينت له فيه مخالفة للشرع، لإجماع الفقهاء على ذلك، ولأن وظيفة الحاكم في الشريعة هي حراسة الدين، والحكم المخالف للشريعة لا يجوز له السكوت عليه.

المقترح:

تقترح الدراسة على النظم كافة أن تستبدل بالتعبير الجوازي الوارد بحرف الجر (لِـ) تعبيرا وجوبيا بحرف (على) لتكون العبارة على نحو: (على النائب العام، أو على رئيس الجمهورية، أو على رئيس المحكمة العليا، إلخ... الطعن في أي حكم يرى فيه مخالفة بينة للشريعة، إلخ...).

الاختلاف الثالث: أثر طعن الحاكم العام أو نائبه في مواقف الخصوم:

١- الفقه الإسلامي:

هناك اتفاق في الفقه الإسلامي على نفاذ نقض الحاكم العام أو نائبه للأحكام التي فيها حق لله تعالى كالطلاق والعتاق، ولكن ثمة خلافا حول نقضه وإنفاذه بالنسبة لما هو حق خالص للآدمي بغير مطالبة منه.

أما الفقه المعاصر فلا نجد فيه بحثا لهذه المسألة إلا ما ورد عن الدكتور نصر فريد واصل؛ إذ يقارن بين تصفح الحاكم في الشريعة الإسلامية وطعن النائب العام في القانون المصري، ويرى أن تصفح الحاكم يفيد منه الخصوم، وقد رجحت الدراسة أنهم لا يفيدون بغير مطالبة منهم.

٢- النظم الإسلامية:

- لم يطلع الباحث على تفصيل هذه المسألة في مجلة الأحكام العدلية؛ ربما لأن المجلة لم تناقش التصفح أصلا.
- نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق ينص على أن الأصل في أحكام محكمة التمييز هو اكتسابها للقطعية التنفيذية(١)، وبالتالي يكون طعن رئيس القضاة قابلا للتنفيذ على الخصوم ولو لم يطعنوا.
- وكذلك الأصل في قانون الإجراءات المدنية السوداني في مراجعة رئيس المحكمة العليا لحكم من أحكامها إذا انطوى على مخالفة لأحكام الشريعة، فالأصل نفاذ النقض المبني على هذا المراجعة لكونه صادرا من أعلى سلطة قضائية لا يجوز مراجعة أحكامها(٢).
- وكذلك قانون المرافعات والتنفيذ اليمني ينص على اكتساب أحكام المحكمة العليا – ومنها الحكم الصادر في طعن رئيس الجمهورية – قوة الأمر المقضي فيه وهي تعني النفاذ(٣).

٣- قانون المرافعات المصري:

نص قانون المرافعات المصري صراحة على أن طعن النائب العام لا يفيد منه الخصوم.

الراجح:

يترجح التفصيل الآتي:

- فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ينفذ النقض المبني على طعن الحاكم العام أو نائبه، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك؛ لاتفاق فقهاء الشريعة على ذلك.

---

(١) انظر: م١٩٧ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٣٠٥؛ المبسط: ص٣٨٨، المرجع: ص٤٩٨.

(٢) م٢١٥ إجراءات سوداني.

(٣) م٢٣٥ مرافعات يمني.

- فيما يتعلق بحق الآدمي الخالص لا ينفذ الحكم بغير مطالبة من له الحق من الخصوم، فيكون النقض بدون مطالبتهم نقضًا نظريًّا لمصلحة الشريعة.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات المصري ليسمح للخصوم بالإفادة من طعن النائب العام إذا طلب ذلك المحكوم بالنقض لصالحه.

تعديل كل من قانون المرافعات اليمني، والإجراءات السوداني بجعل النقض نظريا في حالة طعن رئيس الجمهورية أو رئيس المحكمة العليا وتعلق الحكم بحق الآدمي، طالما لم يطلب الخصم الذي صدر الحكم لصالحه ذلك، أي استثناء ذلك الحكم من قوة الأمر المقضي فيه.

تعديل النظام السعودي الجديد للنص على ما ترجح في هذا الصدد.

المبحث الخامس

إجراءات الطعن بالنقض وآثاره

ينقسم هذا المبحث إلى الآتي:

- المطلب الأول: إجراءات الطعن بالنقض
- المطلب الثاني: أثر رفع الطعن بالنقض
- المطلب الثالث: أثر إصدار محكمة النقض حكمها في الطعن
- المطلب الرابع: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

إجراءات الطعن بالنقض

أولا: إجراءات الطعن بالنقض في الفقه والنظم الإسلامية:

لم يعثر الباحث على بحث مفصل في إجراءات الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي، ولا في مجلة الأحكام العدلية التي قننت الطعن بالنقض من خلال المادة (١٨٣٨)، ونصت على أنه: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور...»[(١)]، فنصت على ضرورة أن تشتمل صحيفة الطعن على بيان سبب طعنه بالنقض، أو جهة مخالفة الحكم الطعين للأصول المشروعة، ولكنها لم تبين أين تحديدا يقدم صحيفة طعنه، ولا ما ينبغي أن تشتمل عليه.

وهناك مسألة متصلة بهذا الشأن، وهي هل ينبغي على الطاعن أن يقدم صحيفة الطعن بنفسه، أم يجوز التوكيل في خصومة الطعن؟ وجدير بالذكر أن بعض الأنظمة - مثل قانون المرافعات المصري بحسب ما سيتبين عما قريب - قد اشترطت توقيع محام مقبول لدى محكمة النقض على صحيفة الطعن، فلا يصح ولا يقبل طعن بدونه.

والفقه الإسلامي قد تعرض لذلك من خلال بحثه للتوكيل في الخصومة بصفة عامة، ولكن الباحث لم يعثر على قول أحد من الفقهاء يفيد وجوب أو اشتراط وكيل (محام) في نقض الأحكام في الفقه الإسلامي، أو قول ببطلان صحيفة الطعن إن خلت من توقيع محام، فالفقه الإسلامي لا يشترط ذلك؛ بل كانت الآراء في التوكيل في الخصومة بصفة عامة تتراوح بين رأيين، وهما:

- رأي الجمهور[(٢)]: وهو أن الوكالة في الخصومة من العقود الجائزة، وذلك بضوابطها الشرعية، كعلم الوكيل أن موكله محق، ولا يظلم في الخصومة الموكل بها، وأن تكون الوكالة في الادعاء والدفع وغيرها دون القبض.
- رأي أبي حنيفة[(٣)]: عقد الوكالة لا يلزم إلا إذا أذن الخصم.

وعلى هذا فلا يوجد رأي في الفقه الإسلامي - بحسب اطلاع الباحث - يقول بوجوب أو اشتراط الوكالة في الخصومة بصفة عامة، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هاهنا، هل يجوز للحاكم

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٢) انظر: معين الحكام: ج١/ص٦٤؛ المدونة: ج٤/ص٦٦٢؛ الحاوي الكبير: ج٨/ص٢٠٠-٢٠١؛ المبدع: ج٤/ص٣٤٥-٣٤٧؛ الإنصاف: ج٥/ص٣٩٤-٣٩٥؛ كشاف القناع: ج٣/ص٤٨٢-٤٨٣.

(٣) انظر: المبسوط: ج١٩/ص٣-٤؛ بدائع الصنائع: ج٦/ص٢٤-٢٥؛ البناية: ج٩/ص٢٢٣-٢٢٤.

أن يفرض ما هو مباح شرعا، ويصيره بالتالي واجبا لازما، أو شرطا لعمل معين الأصل فيه أن يفعله المسلم دون شرط؟

للجواب على هذا التساؤل ينبغي تقرير حقيقة مهمة، وهي أن الحاكم في الإسلام ليس أجيرا مهمته ضمان حريات الناس الشخصية، ومنافعهم الدنيوية أيا كانت، كما أنه ليس سيدا يحكم عبيدا، ويلزمهم بما أمر به أيا كان؛ بل هو وسط بين ذين الطريقين المتشددين؛ إذ الأمة في حاجة في الأمور العامة إلى من يشاورها في الأمر، ثم يتخذ القرار المناسب، فإذا ما اتخذه وجبت طاعته، وهو يطاع لضرورة تسيير أعمالهم، لا لمجرد عظمته وسيادته، ومن هنا قال بعض الفقهاء: «وتجب طاعة الأمير فيما يتعلق بما هم فيه»[(١)]، أي فيما تعلقت به إماراته التي ولي من أجلها، لتسيير الأعمال، وتحقيق المصالح، لا طاعته المطلقة في أي أمر.

وقد ورد في حاشية البجيرمي على الخطيب أن الأمير: «إذا أمر بواجب تأكد وجوبه، وإن أمر بمندوب وجب، وإن أمر بمباح: فإن كان فيه مصلحة عامة كترك شرب الدخان[(٢)] وجب، بخلاف ما إذا أمر بمحرم، أو مكروه، أو مباح لا مصلحة فيه عامة»[(٣)].

إذا صح ذلك فلا مناص من تقرير أنّ فرضَ أي أمر يتعلق بالمصلحة العامة بقوة النظام العام يجب شرعا على الرعية الامتثال له؛ وتطبيقا لذلك يتقرر حق السلطة التشريعية في إلزام الطاعن بالنقض توقيع محام مقبول من محكمة النقض على صحيفة الدعوى، إذا بدا للسلطة التشريعية أن في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة، كأن ترى أن توقيعه يؤدي إلى كتابة الصحيفة بالشكل المطلوب، فلا يعطل القضاء بسبب كتابة من ليس له خبرة، وكأن ترى أن توقيعه يضمن اطلاعه على الأسباب وجديتها، بما يقلل من التداعي أمام المحاكم، ويوفر النفقات على الطاعنين بلا سبب مقبول، إلى آخر تلك المبررات.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد فقد نص على إجراءات أكثر تفصيلا في المادة رقم (١٩٥) حيث نصت على أن الطاعن ينبغي أن يقدم مذكرة تشتمل على طلبه نقض الحكم، وأن يودعها محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم أو أيدته، كما أوجبت المادة أن تشتمل المذكرة على الآتي:

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ط، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م): ج٨/ص٦٠، وانظر: تحفة المحتاج للهيثمي: ج٩/ص٢٣٧-٢٣٨.

(٢) قد يبدو المثال الذي ضربه البجيرمي هنا غير موفق؛ لأن إباحة الدخان فيه نظر، كما أنه ليس في تركه مصلحة عامة إلا إذا كان في الأماكن العامة.

(٣) البجيرمي على الخطيب: ج٢/٢٣٨، وانظر: حاشية الدسوقي: ج١/ص٤٠٦-٤٠٧؛ نهاية المحتاج: ج٢/ص٤١٥-٤١٩.

- بيانات الخصوم وعنوان كل منهم
- الحكم المعترض عليه، ورقمه، وتاريخ صدوره
- الأسباب التي بني عليها الطعن
- طلبات المعترض
- توقيع المعترض
- تاريخ إيداع مذكرة الاعتراض(١).

ونصت المادة أيضا على أن إدارة محكمة الاستئناف تقوم بتقييد مذكرة الاعتراض في يوم الإيداع في سجل خاص بذلك، وترفعها مع صورة ضبط القضية، وجميع الأوراق إلى المحكمة العليا التي تختص بالنقض خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ انتهاء مدة الاعتراض(٢).

أما قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني فقد نظم إجراءات الطعن بالنقض كما يأتي:

- أن ترفع عريضة الطعن بالنقض إما إلى المحكمة العليا، أو المحكمة التي أصدرت الحكم الطعين(٣).
- أن تكون العريضة موقعة إما من الطاعن، أو من محام مقبول لدى المحكمة العليا إن طلبت هي ذلك، أو من رئيس نيابة على الأقل، في حال كون الطعن قد رفع من طرف النيابة العامة في حال أن يخول لها القانون ذلك(٤).
- أنه «يجب على الطاعن أن يودع خزينة المحكمة كفالة مالية قدرها خمسة آلاف ريال...»(٥).

أما القضاء السوداني فقد نظم إجراءات الطعن بالنقض ضمن الأحكام العامة لكل صور الطعن في الأحكام، وهي كما يأتي:

---

(١) انظر: م ١/١٩٥ مرافعات سعودي جديد.

(٢) انظر: السابق: م ٢/١٩٥.

(٣) انظر: م٢٩٥/أ مرافعات يمني.

(٤) انظر: السابق: م٢٩٥/أ.

(٥) السابق: م٢٩٥/ب.

• أن الطعن يرفع بعريضة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، ولابد أن تشتمل العريضة على البيانات العامة التي تتضمنها عريضة أي دعوى[١]، علاوة على بيان الحكم الطعين، وتاريخه، والأسباب التي بني عليها الطعن، وطلبات الطاعن[٢].

• أن ترفق صورة رسمية من منطوق الحكم[٣].

• إيداع الرسم المستحق للمحكمة المقدم لها صحيفة الطعن، وإرفاق إيصال بذلك الإيداع مع صحيفة الطعن[٤].

ثانيا: إجراءات الطعن بالنقض في قانون المرافعات المصري:

نظم قانون المرافعات المصري إجراءات الطعن بالنقض في مواد كثيرة نسبيا مقارنة بالنظام السعودي، فنص على أن يرفع الطعن من خلال صحيفة يتم إيداعها قلم الكتّاب، بمحكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم[٥].

وقد جاء في ذلك القانون أيضا ذكر ما يجب أن تشتمل عليه صحيفة الدعوى، وهو ما يأتي:

• بيان بأسماء الخصوم، وصفاتهم وعناوينهم
• بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه
• الأسباب التي بني عليها الطعن
• طلبات الطاعن[٦].

وذكر القانون اشتراطا آخر لاستلام قلم الكتّاب لصحيفة لطعن، وهو إيداع كفالة بخزانة المحكمة، إلا في حالة كون الطاعن معفى من أداء الكفالة[٧]، إلا أن الإعفاء من الكفالة لابد أن يثبت بنص القانون على ذلك، لا بالقياس، ففي حكم شهير لمحكمة النقض المصرية لم يدفع الطاعن – وهو نقابة المهندسين – الكفالة تمسكا بالإعفاء من الرسوم القضائية المنصوص عليه في القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤م، وقانون إنشاء نقابة المهندسين رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤م؛ إذ نص على أنه: «تعفى نقابة

---

(١) في قانون الإجراءات المدنية السوداني تشتمل أي مذكرة دعوى على الآتي:- «أ- الوقائع الموضوعية لا القانونية، ب- الوقائع الموضوعية الجوهرية فقط باختصار وفي شكل موجز، ج- الوقائع الموضوعية وأدلة الإثبات التي تؤيدها، د- التواريخ والمبالغ بالأرقام الحسابية، هـ- توقيع الخصم أو الوكيل أو المحامي». م٧٣ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) انظر: السابق: م١٨٣- م١/١٨٣.

(٣) انظر: السابق: م٢/١٨٣.

(٤) انظر: م٣/١٨٣ إجراءات مدنية سوداني.

(٥) انظر: م٢٥٣ مرافعات مصري، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤٢-٧٤٣.

(٦) انظر: م٢٥٣ مرافعات مصري؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤٢-٧٤٣.

(٧) انظر: م ٢٥٤ مرافعات مصري.

المهندسين والنقابات الفرعية من جميع الضرائب والرسوم التي تفرضها الحكومة، أو أية سلطة عامة أخرى، مهما كان نوعها أو تسميتها»[١].

وقد ردت المحكمة تمسك الطاعن بالقانون الأول بكون ذلك: «مقصورا على الدعاوى التي ترفعها الحكومة دون غيرها، باعتبار أن الإعفاء استثناء من أصل وجوب أداء الرسوم القضائية، فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه». وردت تمسكها بالثاني بأن ذلك «لا يدخل في مفهومه الرسوم القضائية باعتبار أن الأصل وجوب أدائها»[٢].

ونص قانون المرافعات المصري أيضا على إيداع صور من صحيفة الطعن بقدر عدد المطعون ضدهم، وصورة لقلم الكتاب[٣]، كما نظمت المواد من (٢٥٥) إلى (٢٥٧) من ذلك القانون أمر إرسال الصحيفة - في حال إيداعها قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم - مع كافة الأوراق الخاصة بالطعن إلى محكمة النقض فى اليوم التالى لتقديم الصحيفة، وما يجب على قلم كتاب محكمة النقض عند وصول الصحيفة إليه، من طلب ضم ملف القضية بجميع مفرداتها، والغرامة التي يتكبدها من يتسبب في تأخير أي من تلك الإجراءات[٤].

ولابد من ذكر الطاعن للأسباب في صحيفة الطعن، وأن يكون ذلك واضحا دون غموض أو جهالة؛ لأن الأسباب التي تنظر فيها المحكمة هي فقط المذكورة في صحيفة الطعن، فلو أرفق الطاعن بصحيفة الطعن بعض المستندات التي يستند إليها في طعنه، ولم يذكر في تسبيبه للطعن الموضع المحدد في تلك المستندات، وكيف أثرت في الحكم فلا عبرة بها، ففي حكم لمحكمة النقض المصرية كان من بين الأسباب التي استند إليها الطاعن هو قيام الحكم على غش قد أرفق بشأنه اثني عشر مستندا، فلم تأخذ بذلك محكمة النقض وقالت: «العبرة في بيان أسباب الطعن بالنقض هي بما اشتملت عليه صحيفة الطعن وحدها، بما لا يغني الإحالة في هذا البيان إلى أوراق أخرى، وأنه يجب طبقا لنص المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات أن تشتمل الصحيفة ذاتها على بيان أسباب الطعن بيانا دقيقا كاشفا عن المقصود منها كشفا وافيا نافيا عنه الغموض والجهالة، بحيث يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن إلى الحكم، وموضعه منه، وأثره في قضائه، وأنه إذا لم يبين الطاعن ماهية الدفاع الذي أغفل الحكم الرد عليه، ودلالة المستندات المراد الاستدلال بها، وأثر ذلك في قضاء الحكم فإن النعي يكون مجهلا غير مقبول»[٥].

---

(١) م٥٠ قانون إنشاء نقابة المهندسين رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤م.

(٢) طعن مدني رقم ٤١٨٧ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٥/٥/١١م.

(٣) انظر: م٢٥٥ مرافعات مصري؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤٢-٧٤٣.

(٤) انظر: م٢٥٥-٢٥٧ مرافعات مصري؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ٧٤٢-٧٤٣.

(٥) طعن مدني رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م.

كما نص القانون أيضا على أن يوقع على الصحيفة محام مقبول في محكمة النقض[١]، وفسر بعض الباحثين[٢] اشتراط ذلك بضرورة وجود خبرة قانونية «فلا يرفع الطعن إلى المحكمة إلا إذا كانت النقطة القانونية التي يثيرها تستحق بحثا على يد محكمة النقض، وبذا لا تزدحم المحكمة بالطعون التي لا فائدة منها، أو التي ترفع دون تروٍ».

فلابد من توقيع محام مقبول لدى محكمة النقض على صحيفة الطعن، وإلا كان الطعن باطلا[٣]، وكما قال بعض الباحثين[٤]: «وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه، ولو لم يثره أحد الخصوم لتعلقه بالنظام العام».

ويكفي فقط أن يوقع المحامي توقيعا على صحيفة الطعن، أي لا يشترط كتابة اسمه كتابة واضحة مقروءة، ففي حكم لمحكمة النقض المصرية، دفعت المطعون ضدها بأن توقيع المحامي غير مقروء، ولا يمكن الاستدلال منه على صاحبه، فردت المحكمة ذلك الدفع، وقالت إن نص الفقرة الأولى من المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات: «لم تشترط لهذا التوقيع شكلا معينا، وكان الأصل بالنسبة للتوقيع هو افتراض صدوره ممن نسب إليه حتى يثبت العكس، وإذ كان المبين من صحيفة الطعن أنها صدرت عن الأستاذ/..... المحامي المقبول أمام محكمة النقض، بصفته وكيلا عن الطاعن، بموجب التوكيل رقم ..... عام، مصر الجديدة، المودع ملف الطعن، مما مفاده أن التوقيع المذيلة به صحيفة الطعن قد صدر منه، ومن ثم يكون الدفع ببطلان الطعن على غير أساس»[٥].

كما بين ذلك القانون الإجراءات التي يقوم بها المطعون عليهم، وكيفية تقديم ما يريدون من دفوع والمهلة المحددة في ذلك، ثم المهلة المحددة للطاعن لتقديم رده على دفوعهم إن شاء[٦].

ونظم القانون أيضا إدخال أي من الخصوم الذين لم يوجه إليهم الطعن، وجواز تدخلهم[٧]، كما بين أن ملف الطعن بعد انقضاء المواعيد يتم إرساله إلى النيابة العامة، وأن النيابة العامة تكتب مذكرة بأقوالها في ذلك، ثم تعقد جلسة مشورة، وتقرر إما بطلان الطعن، أو تحديد جلسة للنظر في الطعن[٨].

وورد في قانون المرافعات أن الأصل أن تحكم المحكمة فى الطعن بغير مرافعة، وإذا رأت المحكمة

---

(١) انظر: م٢٥٣ مرافعات مصري؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤٢-٧٤٣.
(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ١٢٠١ بند٧٢٣ مكرر.
(٣) انظر: م٢٥٣ مرافعات مصري.
(٤) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٠٠-١٢٠١ بند٧٢٣ مكرر.
(٥) طعن مدني رقم ٦٤٥٢ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٤/٢/٢٠٠٥م.
(٦) انظر: م ٢٥٨ مرافعات مصري؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤١-٧٤٢.
(٧) انظر: م٢٥٩ و٢٦٠ مرافعات مصري؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤١-٧٤٢.
(٨) انظر: م ٢٦٣ مرافعات مصري، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٤١-٧٤٢.

ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامى الخصوم والنيابة العامة(١).

وورد فيه أن المحكمة متى قبلت الطعن، فإنها تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه، كما أنها تحكم فى المصروفات(٢).

(١) م٢٦٥-٢٦٦ مرافعات مصري.

(٢) السابق: م٢٦٨.

المطلب الثاني
أثر رفع الطعن بالنقض

أولا: أثر رفع الطعن بالنقض في الفقه والنظم الإسلامية:

لم يعثر الباحث في كتب الفقه على ما يفيد النص على إيقاف تنفيذ الحكم أو عدمه نتيجة لرفع الطعن بالنقض، كما أغفلت المصادر الفقهية المعاصرة – بحسب اطلاع الباحث – ذكر هذه المسألة.

وترشدنا بعض المصادر التاريخية إلى أن نفاذ الحكم كان لا يتأثر برفع الطعن بنقضه، فقد ورد في "كتاب الولاة وكتاب القضاة" في ترجمة أبي خزيمة إبراهيم بن يزيد[1]: «رفع بعض بني مسكين إلى أبي خزيمة في شيء من أمر حبسهم، قد كان بعض القضاة ينظر فيه، فكأن أبا خزيمة لم ير إنفاذ ذلك، فكتب إليه: إذ نحن ننتفع[2] بقول القضاة قبلك عندك كذلك لا ينتفع بقولك عند القضاة بعدك، فأنفذ ذلك»[3].

ومن هذا النموذج يتضح وقوع الطعن في أحكام نافذة بالحبس، فالطاعنون من بني مسكين رفعوا تظلمهم إلى القاضي أبي خزيمة في أمر ذويهم المحبوسين فعلا، ثم همّ القاضي أبو خزيمة بنقض أحكام صدرت ضد أولئك المحبوسين، بناء على نظرته إلى القضية، ولكن أبا عمر الكندي[4] قد ثناه عن ذلك؛ وعلل ذلك بأهمية الانتفاع بأحكام القضاة السابقين، وهو يدل على عدم وجود أمر قطعي يستدعي النقض، وإنما هو أمر ترجيحي.

وكذلك مجلة الأحكام العدلية لم يُعثر فيها ولا في شرحها على ما يفيد أو ينفي أن رفع الطعن بالنقض يوقف تنفيذ الحكم.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد فقد نص نصا صريحا على أن الأصل في رفع الطعن بالنقض عدم إيقاف التنفيذ، حيث ورد فيه: «لا يترتب على الاعتراض لدى المحكمة العليا وقف تنفيذ الحكم، ما لم ينص النظام على خلاف ذلك، ولها أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتا إذا

---

(١) هو: أبو خزيمة إبراهيم بن يزيد بن مرة بن شرحبيل الرعيني(ت١٥٤هـ)، من قضاة مصر، كان تقيا ورعا فاضلا، استمر قاضيا إلى أن توفي. انظر: الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب، لأبي نصر سعد الملك علي بن هبة الله ابن جعفر بن ماكولا (ت٤٧٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩٠م): ٥١٤/٢.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب ما ورد في كتاب رفع الإصر، وهو: «إذا نحن لم ننتفع...»: ص٣٨.

(٣) كتاب الولاة وكتاب القضاة: ص٢٦٣؛ رفع الإصر: ص٣٨.

(٤) هو: أبو عمر محمد بن يوسف بن يعقوب بن يوسف بن حفص بن يوسف بن نصير الكندي (ت: نحو ٣٥٠هـ)، مؤرخ ذو علم بالأنساب، وله مصنف في تاريخ مصر، وصاحب كتاب الولاة وكتاب القضاة. انظر: الوافي بالوفيات: ج٥/ص١٦١.

طلب ذلك في مذكرة الاعتراض، وكان يُخشى من التنفيذ وقوعُ ضرر جسيم يتعذر تداركه، وللمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم ضمان، أو كفيل غارم مليء[١]، أو تأمر بما تراه كفيلا بحفظ حق المعترض عليه»[٢]، ويلاحظ أن ذلك النظام قد استثنى حالة لم تذكر في مجلة الأحكام العدلية ولا في شرحها - بحسب اطلاع الباحث - وهي حالة الضرر الجسيم الذي قد يلحق الطاعن بالنقض في حال تنفيذ الحكم، وأيضا عالج الضمان المالي للمطعون ضده عما قد يصيبه من جراء تأخير التنفيذ.

وكذلك قانون المرافعات والتنفيذ اليمني يجعل الأصل هو عدم وقف تنفيذ الحكم بسبب رفع الطعن بطريق النقض، واستثنى مسائل بعينها نص عليها كالأحوال الشخصية والمنازعات العقارية[٣].

ثانيا: أثر رفع الطعن بالنقض في قانون المرافعات المصري:

القاعدة العامة في قانون المرافعات المصري هي «أن الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به هي التي تنفذ تنفيذا جبريا»[٤]، والأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به هي «الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية، وهي المعارضة والاستئناف، ولو كانت قابلة للطعن فيها بطرق الطعن غير العادية، وهي التماس إعادة النظر والنقض»[٥].

إذن الأصل في قانون المرافعات المصري ألا يترتب على رفع الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم انتظارا لما تحكم به محكمة النقض، فالحكم متى كان حائزا لقوة الأمر المحكوم فيه، أي كان لا يقبل الطعن بالمعارضة، ولا بالاستئناف، فإنه لا شيء يوقف نفاذه إعمالا لتلك القاعدة المشار إليها آنفا، لهذا نُص في ذلك القانون صراحة على أنه: «لايترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم...»[٦].

بيد أن هنالك استثناء من ذلك الأصل، وهو: «إذا طُلب ذلك فى صحيفة الطعن، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه»[٧]، فعند توافر هذين الشرطين، وهما طلب الطاعن في

---

(١) المليء: لغة صفة مشبهة بمعنى الكثير المال الموثوق في غناه، والملاءة في اصطلاح الفقهاء الغنى واليسار والقدرة على الوفاء بالتزام مالي. انظر: تاج العروس: ج١/ص٤٣٧؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ج٣٩/ص١٠-١١.

(٢) ١٩٦ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: م٢٩٤ مرافعات يمني.

(٤) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٩.

(٥) السابق: الصفحة نفسها.

(٦) م٢٥١ مرافعات مصري.

(٧) السابق: المادة نفسها.

صحيفة الطعن، وخشية الضرر الجسيم الذي يتعذر تداركه يسمح بوقف التنفيذ استثنائيا، وذلك بأن «يعين رئيس المحكمة بناء على عريضة من الطاعن جلسة لنظر هذا الطلب، يعلن الطاعن خصمه بها، وبصحيفة الطعن وتبلغ للنيابة»(١).

وهذا الوقف الاستثنائي للتنفيذ يعم ما قد يكون شَرِع فيه المحكوم له من إجراءات، حيث نص القانون على أنه: «ينسحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ»(٢).

ولأن وقف التنفيذ استثناء من الأصل، وأنه ضد مصلحة المحكوم له، فقد أوجب القانون بعض الأمور صيانة لحقه، ومنها:

- وجوب تقديم الكفالة التي تضمن حق المطعون ضده، فنص القانون على أنه: «يجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة، أو تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون عليه»(٣).
- إلزام المحكمة بعدم إطالة الفترة التي بين وقف التنفيذ والنظر في الطعن، حيث نص القانون على أنه يجب على المحكمة «إذا أمرت بوقف التنفيذ أن تحدد جلسة لنظر الطعن أمامها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر»(٤).

كما تناول نص القانون في هذا الصدد حالة رفض المحكمة ذلك الطلب بوقف التنفيذ الذي طلبه الطاعن؛ لاحتمال كونها لم تقتنع بوقوع ضرر من التنفيذ قبل حكم محكمة النقض، فقالت: «وإذا رفض الطلب ألزم الطاعن بمصروفاته»(٥).

---

(١) م٢٥١ مرافعات مصري.
(٢) السابق: المادة نفسها.
(٣) السابق: المادة نفسها.
(٤) السابق: المادة نفسها.
(٥) السابق: المادة نفسها.

المطلب الثالث

أثر إصدار محكمة النقض حكمها في الطعن

الفرع الأول: أثر إصدار محكمة النقض حكمها في الطعن (أيا كان الحكم)

أولا: أثر إصدار محكمة النقض حكمها في الفقه الإسلامي:

يحاول البحث هاهنا الإجابة على سؤال ذي أهمية بالغة في الفقه المقارن، وهو: هل يترتب على صدور الحكم - أيًّا كان منطوقه - من محكمة النقض في الفقه الإسلامي أن يكتسب صفة النهائية الباتة، بحيث لا يجوز الطعن أو الاعتراض عليه بأي سبيل، وإن زعم فيه الطاعن مخالفته البينة للقرآن والسنة؟

لم يثبت - بحسب اطلاع الباحث - خلاف بين الفقهاء حول جواز عرض الحكم الذي أصدره قاضي النقض على قاض آخر، بل ثبت أنهم عدوه أمرا عاديًّا وجائزًا، كما أرشدت المصادر التاريخية[١] إلى وقوع ذلك.

فالقرافي كرر التأكيد على إمكانية مراجعة أحكام النقض، ونقضها إن كانت تستحق، وذلك في عدة مواضع من كتبه في هذا المجال، فمن ذلك ما ورد في الفروق: «مما ينقض نقضُ ما لا ينقض»، بمعنى أنه يجوز تناول أحكام محكمة النقض وتعقبها، ونقض الخطأ منها، ومن ذلك قوله: «فإذا قضى قاض بأن ينقض حكم الأول، وهو مما لا ينقض، نقض الثالث حكم الثاني؛ لأن نقضه خطأ، ويقر الأول»[٢]، ومن ذلك ما جاء في الذخيرة: «إذا نقضَ قضاء قاض قبله، ثم عُزل وولي ثالث، والحكم المنقوض مختلف فيه، نقض الثالث حكم الثاني ونفذ الأول؛ لأن نقضه خطأ صراح لا يختلف فيه»[٣].

كما ذكر ذلك الشيخ علي حيدر شارح المجلة، حيث قال: «حتى أنه لو أبطل القاضي الثاني الحكم الذي هو من هذا القبيل، وعرض حكم القاضي الثاني المتضمن إبطال الحكم الأول على قاض ثالث، فيبطل القاضي الثالث حكم القاضي الثاني، وينفذ حكم القاضي الأول؛ لأن القاضي الأول كان في

---

(١) انظر: أخبار القضاة: ج٢/ص٢٨٥؛ كتّاب الولاة وكتّاب القضاة، للكندي: ص٣٣٨؛ ترتيب المدارك وتقريب المسالك، للقاضي عياض: ج٤/ص١٧٦؛ وانظر: ٥٠-٥١ من هذا البحث

(٢) الفروق: ج٤/ص٤١.

(٣) الذخيرة: ج٨/ص١٣١.

موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، فكان القضاء من الثاني مخالفا للإجماع فيكون باطلا»[١] وما يلفت النظر في هذا النقل ليس استدلاله على نقض الثالث أو الثاني، وإنما في قبول مبدأ عرض القضية للنظر بمحكمة النقض مرة أخرى.

وجاء في كل من حاشية ابن عابدين[٢] والفتاوى الهندية كلامٌ عن القاضي «المحدود في القذف إذا قضَى قبل التوبة فالقاضي الثاني يبطل قضاءه لا محالة، حتى لو نفذ، ثم رفع إلى قاض ثالث فله أن ينقضه؛ لأنه لا يصلح قاضيا بالإجماع، فكان القضاء من الثاني مخالفا للإجماع، فكان باطلا»[٣].

فالنقض – باعتبار أنه إبطال للحكم بسبب مخالفة شرعية بيِّنة فيه – ينبغي ألا يُغلق بابه مطلقًا، وقد أكد هذا المعنى فقهاء معاصرون، مثل الدكتور محمد نعيم ياسين الذي يقول: «وفي القوانين الوضعية يصبح الحكم ذا حصانة مطلقة من النقض أو حتى من مجرد إعادة النظر فيه إذا استنفد الخصوم جميع طرق الطعن باستعمالها فعلا، أو بفوات مواعيدها القانونية، مهما ظهر خطؤها أو جورها بعد ذلك. وهذه الفكرة أيضا تختلف أيضا عما ذهب إليه فقهاء المسلمين؛ إذ كلهم مجمعون على أن الحكم القضائي إذا وقع فيه الخطأ أو الجور، وقام على ذلك أدلة مقبولة شرعا وجب نقضه وإبطاله»[٤].

ويقول الدكتور محمد زكي عبد البر: «أما في الفقه الإسلامي فالظاهر لنا أن مرجع النهائية أو عدم النهائية هو الموضوع: وبعبارة أخرى هو الحق، وبعبارة ثالثة: هل صادف الحكم الذي صدر من القاضي حكما شرعيا صحيحا أم لا؟ فإن صادف حكما شرعيا صحيحا كان نهائيا، وإلا فهو غير نهائي»[٥].

ويقول الأستاذ مهاب جلال النائب بهيئة قضايا الدولة: «وعلى هذا فإن القاضي يبحث عن حكم القضية المعروضة عليه في كتاب الله أولا ثم في سنة رسول الله - ﷺ - ثم ما أجمع عليه الفقهاء، فإن وجد نصا في ذلك وجب عليه أن يحكم طبقا له، وحكمه هنا يكون نهائيا لاتفاقه مع كتاب الله وسنة

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٨.

(٢) هو: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، المعروف بابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. له (رد المحتار على الدر المختار) يعرف بحاشية ابن عابدين، و(رفع الانظار عما أورده الحلبي على الدر المختار) و(العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية)، وغيرها. انظر: الأعلام للزركلي: ج٦ ص٤٢.

(٣) حاشية ابن عابدين: ج٤/ص٤٩٦، الفتاوى الهندية: ج٣/ص٣٦١.

(٤) بحث بعنوان: «حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية» للدكتور محمد نعيم ياسين، مجلة الحقوق – جامعة الكويت - السنة السادسة – العدد الثالث - ذو القعدة ١٤٠٢هـ - سبتمبر ١٩٨٢م: ص١٤٥.

(٥) بحث بعنوان «القضاء المجتهد فيه متى يكون نهائيا؟» للدكتور محمد زكي عبد البر – مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية – جامعة القاهرة – العدد ٥٧ لسنة ١٩٨٧م – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – ١٩٩٠م: ص٢.

رسوله - ﷺ - وما أجمع عليه الفقهاء، أما إذا خالف قضاء القاضي نصا في القرآن أو السنة أو خالف الإجماع، ورفع إلى قاض آخر أبطله وأهدر ما له من حجية، فلا يكتسب النهائية أبدًا مهما مضى عليه من الوقت»[١].

وقد أدى استقرار الفقه الإسلامي على نفي مفهوم البتية[٢] عن الحكم القضائي، وعلى قبوله الدائم للطعن بالنقض بناءً على وجود مخالفة شرعية فيه - أقول قد أدى ذلك إلى شيوع الاعتقاد بأن الفقه الإسلامي لا يقر مبدأ مفهوم حجية الأحكام القضائية، ومبدأ قوة الأمر المقضي به، وقد شاع هذا الاعتقاد لدى بعض المستشرقين الفرنسيين الذين اعتبروا هذا الأمر نقطة ضعف في القضاء الإسلامي، وقد سجل بعض الباحثين عنهم ذلك، إذ يقول[٣]: «يتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى إنكار وجود مبدأ الحجية في الشريعة الإسلامية، ويرى أن الفقه الإسلامي يبيح للقاضي أن يراجع حكمه، ويعيد النظر فيه بشكل دائم، كما يبيح للخصوم أن يعيدوا رفع الدعوى التي سبق الحكم فيها مرة أخرى، لتحظى بنظر القضاء، مع إمكانية إبطال الحكم الأول وإبداله بآخر[٤]».

فمن المستشرقين الذين اعتقدوا ذلك بشدة المستشرق الفرنسي مارسيل موران الذي يقول: «إن من المقرر في الشريعة الإسلامية أنها لا تقبل مبدأ حجية الحكم القضائي، فلم يكن ذلك مستغربًا أو يشكل مفاجأة، لاسيما إن تعلق الأمر بسلطة رجال القضاء»[٥].

ومنهم المستشرق الفرنسي م. روب الذي يقول: «بات مؤكدا أن علماء المسلمين لا يعتقدون بمفهوم حجية الحكم القضائي بالشكل الذي تعنيه قوانيننا، فيمكن - عندهم - إهدار أي حكم قضائي

---

(١) بحث بعنوان «تدرج الحجية في الحكم القضائي» للأستاذ مهاب جلال عبد البر، النائب بهيئة قضايا الدولة - مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الرابع - السنة الثامنة والأربعون - أكتوبر - ديسمبر ٢٠٠٤م، العدد ١٩٢، تدرج الحجية في الحكم القضائي: ص٣٩.

(٢) (البتية) مصدر صناعي من الفعل (بَتّ - يَبِتُّ - بتًّا وبَتاتًا) بمعنى أن يكون الحكم القضائي نهائيًّا تماما، بحيث يمتنع الطعن فيه بأي سبيل، واستخدام هذا المصدر لم يعثر الباحث عليه فيما توافر له من مراجع - رغم أن فقهاء القانون قد استخدموا منه الاسم (باتّ) - وقد استخدم الأستاذ مهاب جلال عبد البر لهذا المعنى لفظ (البيتوتة)حيث قال: «صدور حكم محكمة النقض: (تحول قوة الأمر المقضي للبيتوتة أو زوالها)»، مهاب جلال عبد البر، المرجع السابق: ص٣٠-٤٠؛ لكن الباحث لم يعثر في المعاجم عن استخدام لفظ (البيتوتة) إلا بمعنى البيات وقضاء الليل، على نحو ما ورد في معجم العين: «والبيتوتة: دخولك في الليل». العين: ج٨/ص١٣٨؛ لذا فقد آثرتُ استخدام لفظ (بتية) مصدرا صناعيا بمعنى (أن يكون الحكم باتًّا لا رجعة فيه Irrevocability) رغم أنه لم يعثر على سبق استخدام له.

(٣) حجية الحكم القضائي- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، للطالب مراد كاملي، إشراف أ.د. سعيد فكرة، جامعة باتنة، الجزائر، ٢٠٠٨م: ص١٣٤.

(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «إبدال آخر به».

(٥) Marcel Morand, Études de droit musulman algérien, Typographie Adolphe Jourdan, Imprimeur-libraire de l'université, 2, Place de la Régence, 1910, University of Toronto Press, 1961. P : 337

بشكل دائم»(١).

ومنهم المستشرق الفرنسي م. زيس الذي يقول: «ليست حجية الحكم القضائي أمرا معروفا في الشريعة الإسلامية»(٢).

وهكذا عد فقهاء القانون الفرنسي انتفاء البتية عن الحكم القضائي في الفقه الإسلامي نقطة ضعف يضربون فيها بكل قوة، ويزعمون أنها تعني بالضرورة انتفاء الحجية.

وقد تبع الدكتور عبد الرزاق السنهوري هؤلاء المستشرقين، حيث قال: «ولكن يرد على مبدأ حجية الأمر المقضي في الفقه الإسلامي استثناءات بلغت من الكثرة حدا جعل الفكرة السائدة أن الفقه الإسلامي لا يقر المبدأ ذاته...»(٣).

كما تبعهم القضاء الرسمي الجزائري؛ حيث قررت المحكمة الجزائرية في حكم قديم لها من أن: «حجية الأمر المقضي فيه غير معروفة في الشريعة الإسلامية»(٤)

إلا أن القضاء المصري وقف موقفًا متزنًا؛ إذ صدر عنه ما يفهم منه وجود الحجية بوصفها مبدأً قضائيا، وأنها قد تهدر - استثناءً - إن اعترى الحكم مخالفة للقرآن والسنة والإجماع، فقد قررت محكمة النقض المصرية أنه «إذا خالف الحكم نصًّا في القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فقد أوجبوا على القاضي إبطاله وإهدار ما له من حجية»(٥).

تعقيب:

لكي يتضح هذا الأمر لابد من أن نعرض لمفاهيم ثلاثة تتعلق بأوصاف الحكم القضائي، وهي مفهوم الحجية، ومفهوم القوة التنفيذية، ومفهوم البتية.

فأما الحجية: فتعني عدم سماع الدعوى المبتدأة على سبيل التكرار، وهي أمر مؤكدٌ في الفقه الإسلامي، ولم يعثر الباحث في أي من النظامين الترجيحي أو القانوني في الفقه الإسلامي على رأي فقهي واحد يقول بجواز نظر دعوى مبتدأة تكرارًا؛ بل إن مجلة الأحكام العدلية قننت عدم جواز سماع الدعوى تكرارا، فنصت المادة (١٨٣٧)على أنه: «لا يجوز رؤية وسماع الدعوى تكرارًا التي حكم وصدر إعلام بها توفيقا لأصولها المشروعة، أي الحكم الذي كان موجودًا فيه أسبابه

---

(١) Marcel Morand, Ibid.,338.

(٢) Ibid..

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الأول - الإثبات ط٢ ١٩٨٢م - دار النهضة العربية، د.ت: ص٨١٦.

(٤) المحكمة الجزائرية، حكم بتاريخ ١٨٦٢/١٢/٢٥، نقلا عن: Marcel Morand: op. cit. P 338.

(٥) طعن مدني رقم ٢٧٧ لسنة ٥٨ق- جلسة ١٩٩٢/١١/٢م.

وشروطه»[١]، وأما أقوال الفقهاء التي تناولت إمكان رجوع القاضي في حكمه وتعديله، وإمكان سماع أقضية نظر فيها غيره حين الاعتراض، فهو أمر آخر لابد أن يناقش في باب النقض. والنقض لا يعارض الحجية، وإلا لما حازت الأحكام الابتدائية أي حجية، كما أن نظر محكمة النقض - كما تقرر - لا يؤثر على النفاذ، فمن باب أولى ألا ينافي الحجية.

أما تعدد جهات النقض في القضاء الإسلامي الترجيحي، وأن القاضي كان يملك نقض حكم نفسه، ونقض حكم غيره، وأن الحاكم كان يتصفح، وينقض ما هو باطل من أحكام القضاة، فهذا كله داخل في إطار النقض، ولا يتعلق بإمكان رفع دعوى مبتدأة مكررة. كما أن القضاء الإسلامي لما أخذ بمبدأ فصل القضاء عن التشريع، وإلزام القضاة بالراجح من الأحكام، جعل النقض يتم من جهة أو جهات محددة، كالمحكمة العليا في المملكة العربية السعودية.

وأما القوة التنفيذية: فمعناها أن يكون الحكم المتصف بهذه الصفة حائزا لقوة التنفيذ الفعلي في الواقع، بحيث تدعم الدولة تنفيذه بسلطانها ضد من يعترض، والثابت أن الحكم القضائي الإسلامي في القضاء الترجيحي - وهو الذي قصده المستشرقون بالنقد - حكم نافذ من أول درجة، ومن أول قاض، وهي مزية لم تتوافر إلا في الفقه الإسلامي الترجيحي - بحسب اطلاع الباحث - أما من قالوا بجواز الاستئناف والتمييز، وأوقفوا تنفيذ الأحكام لذلك، فهذا كله حدث في ظل النظم الإسلامية القانونية، علاوة على أنهم قد نصوا على أن قضاة التمييز والاستئناف يقتصر عملهم على مراجعة الحكم من ناحية موافقته للأصول - كما سيتبين في الفصل الخاص بالاستئناف، وأنه إن صح الحكم ولو من وجهة نظر القاضي الأول، لا يحل لقاضي الاستئناف إعمال سلطته التقديرية بما يخالفه، وهو ما ستتعرض له هذه الدراسة في الفصل الرابع.

وأما البتية: فتعني عدم جواز الطعن بأي سبيل على الحكم الذي اتصف بها، وقد أفادت النقول السابقة عن الفقهاء أن هذه الصفة لا تقترن بأي حكم، طالما أنه حكم به بشر، فالقول بأن حكم محكمة معينة باتٌّ، يفيد أحد أمرين:

- إما أننا نفترض له العصمة من الخطأ
- وإما أننا نقبل بخطئه المتوقع منه - بغض النظر عن كثرته أو قلته - في سبيل عدم تأبد النزاعات.

ويبدو أن القوانين الوضعية قد لجأت إلى الاحتمال الثاني، ويبرر ذلك أنها تتعامل مع تشريعات بشرية المصدر والمنشأ، فهي رؤية تبدو عندهم مبررة، وهي أن يلجأ المشرعون الوضعيون إلى عدم تأبيد النزاعات، ولو على حساب المبدأ؛ لأن المبدأ في ذاته بشري، فهو يحتمل الخطأ مهما كان،

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٧ ص٣٧٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٤.

وبهذا ستظل أحكام القضاة عرضة للنقض من قاض لآخر، دون استثناء لمسائل قطعية، أو لأمور لا يُختلف عليها. وهذا الأمر مختلف بالنسبة إلى الشريعة السامية المنزلة من الخالق وثبتت بالقطع؛ لأنها تتنزه وحدها عن احتمال الخطأ.

فلو حكم قاض بصحة زواج رجل برجل آخر مثلا، ثم أيد ذلك قضاء محكمة النقض، فإنه ينبغي أن ينقض ذلك الحكم، مهما كانت درجة القضاء الذي أصدره، ولو كان أعلى القضاة هم من حكموا به، ولا يجوز لدولة تطبق الإسلام أن تمنع نقض مثل هذا الحكم، أو تمنع الطعن فيه بالنقض، ولا حتى لفوات ميعاد الطعن بالنقض. ولا يصح أن يبرر ذلك بمبدأ عدم تأبيد النزاعات، ولا بكون ذلك الحكم الطعين قد صدر باتًّا من أعلى محاكم النقض.

يؤكد ذلك أن مجلة الأحكام العدلية برغم أنها حددت موعدا للتمييز - وهو عند المجلة يكاد يشبه الاستئناف - فلم تحدد موعدا للنقض، فالنقض - طبقا للمجلة - يظل بابه مفتوحا مدى الحياة، طالما أنه يتعرض للحكم المخالف للنص القطعي من الشرع والإجماع. وقد فسر ذلك الشيخ علي حيدر شارح المجلة بأن: «الحكم الغير الموافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة وظلم، وإزالة الظلم واجبة، وتقريره وتثبيته حرام»[(١)].

وفي ذلك يقول حيدر دفع الله، رئيس القضاء السوداني[(٢)]: «فالحكم الخاطئ في الإسلام لا قداسة له؛ لأن معنى كونه خاطئا أنه يحمل في طياته ظلما لأحد المتخاصمين، وقد جاء الإسلام للقضاء على الظلم كما تقدم، وإن صدر في صورة قضاء خاطئ».

ويقول أيضا: «وإذا ثبت أن مجال نقض الأحكام في الفقه الإسلامي أوسع وأرحب مما هو عليه من القوانين الوضعية، فإن ذلك من شأنه أن يتيح للقضاء الإسلامي الامتناع عن تطبيق كل نص غير شرعي احتراما للشرعية الإسلامية، التي تقف في مقدمة ضرورات الحفاظ على الدين، وكذلك القضاء مسئول عن إهدار كل أمر أو قرار غير شرعي يتظلم منه الأفراد احتراما لنفس المبدأ، إذ بهذه القداسة لشرع الله يترتب البطلان تلقائيا على كل مخالفة لحكم قطعي أو إجماع...»[(٣)].

ويؤكد في موضع آخر أن: «القول بغير ذلك من شأنه أن يحصن أحكاما تنطوي على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون؛ لمجرد أن تلك الأحكام تصادف صدورها من أعلى سلطة قضائية في البلاد»[(٤)].

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٠.

(٢) حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١٠١.

(٣) السابق: ص١١١.

(٤) السابق: ص١١٧.

ومن جهة أخرى فإن بتية الأحكام بالنسبة للخصوم مطلب اجتماعي واقتصادي مهم، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات الإسلامي المصري ما نصه: «وليس شك في أن صحة الحكم لا تعتبر حتما تقتضيه طبيعة الأشياء، ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة، بيد أن المشروع أطلق قرينة الصحة في حكم القاضي، فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضي به... فحكم القضاء يجب أن يضع حدا لكل نزاع ما دامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بإزائها»(١).

ولذلك فإن أكثر النظم الإسلامية - سواء الترجيحية أو القانونية - قد سمحت لولي الأمر، أو من ينوب عنه بإعادة فتح القضية في أي وقت إن ظهر بها مخالفة شرعية بيّنة. نعم، قد أقرت بعض تلك النظم بتية الأحكام بالنسبة إلى الخصوم، ولكن لا توجد بتية بالنسبة إلى ولاة الأمر، وبمعنى أدق لا توجد بتية عامة يتصف بها الأحكام القضائية؛ لأنها قد تنطوي على تحصين حكم مخالف للشريعة، وحمايةُ الشريعة من ذلك هو أمر يقع - في المقام الأول - على عاتق ولي الأمر.

إذا تقرر هذا، فالبتية صفة لا يكتسبها أي حكم قضائي، طالما صدر عن بشر غير معصوم، ومع ذلك فعدم البتية لا يعارض الحجية والنفاذ، فالحكم نافذ وله الحجية طالما أنه موافق للشرع، وهذا يعني أن الخصم الحاصل على حكم قضائي موافق للأصول يملك أن يحتج به أمام الكافة، ويملك تنفيذه باستخدام سلطان الدولة، ويستمر الحكم في حيازة الحجية والقوة النفاذية ما لم ينقض، وهو لا ينقض إلا بمخالفة قاطعة لا شك فيها، فلا تسمع دعوى النقض أصلا إلا بإثبات وجود المخالفة القاطعة التي لا تحمل شكا، ولا يتطرق إليها ريب، وقد جاء في تنقيح الفتاوى: «المقضي عليه لا تسمع دعواه بعده فيه إلا أن يبرهن على إبطال القضاء»(٢)، في حين أنه إذا طعن طاعن وقدم أسبابا تحتمل النقض مجرد احتمال فطعنه مرفوض، بحسب ما ورد في تنقيح الفتاوى أيضا، حيث جاء فيه: «... فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك، ولو برهن قبل الحكم يُقبل، ولا يحكم؛ إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه»(٣).

وللمرء أن يتساءل: أيهما خيرٌ وأبقى: أن نُقرر بتية الأحكام بعد صدور حكم النهائي لمحكمة النقض - أو فوات موعده - لمنع تأبيد المنازعات، مع بقاء احتمال صدور حكم مخالف لمعلوم من الدين بالضرورة، أم نُقرر البتية في الأصل، ثم نمنعها - استثناء - إن كان الحكم النهائي الصادر بهذه

---

(١) مشروعات تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، مجلس الشعب المصري، إدارة الصحافة والنشر، د.ط، ١٩٨٣م: مشروع قانون الإثبات م١٤٧ المذكرة الإيضاحية ج٢/ص٦٤ بند٢-٣.

(٢) تنقيح الفتاوى: ج٢/ص٣٨.

(٣) السابق: ج٢/ص٣٧-٣٨.

الدرجة من المخالفة؟

ربما نجد جوابًا عن هذا التساؤل في الفقه الوضعي نفسه – وكذلك في الفقه الإسلامي - في طيات ما تقدم من بحث الحكم المنعدم[(١)]، فهنا لا يُراعَى للحكم أي حجية، ولا يَخضع الحكم لأي مواعيد للطعن، ويفقد كينونته حكمًا؛ لأنه شابه بطلان شديد، وصار معه كـ «لا حكم»، وأصبح هو والعدم سواءً، غير أن الفقه الوضعي ربط ذلك بأحكام إجرائية، ككون الحكم لم يوقع عليه من رئيس المحكمة، أو صدر من غير من له ولاية القضاء، أو في غير مجلسه، أما الفقه الإسلامي فقد جعل على رأس ذلك مخالفة الحكم للقرآن والسنة والإجماع بشكل قاطع.

وجدير بالذكر أن الدكتور عبد الكريم زيدان تعرض لهذه المسألة، فقال: «هذا وإن الأحكام التي يصدرها قضاة النقض والإبرام لا يجوز إعادة النظر فيها إلا في أحوال محددة وعلى سبيل الحصر، يحددها ولي الأمر، ويكون طلب إعادة النظر فيها من قبل أصحاب الشأن، وضمن مدة محددة»[(٢)]، غير أنه لم يبين أي تفاصيل عن المقصود بالأحوال المحددة على سبيل الحصر التي تبيح إعادة النظر في أحكام محكمة النقض.

ثانيا: أثر إصدار محكمة النقض حكمها في بعض النظم الإسلامية:

يشيع في النظم المعاصرة أن حكم محكمة النقض يترتب عليه بتية الحكم بالنسبة إلى الجميع – حكاما وقضاة وخصوما، بمعنى نهائيته من حيث إمكان الطعن عليه؛ لأن الطاعن أخفق في إثبات بطلان الحكم أمام محكمة النقض، وبالتالي قد يبدو منطقيًّا أن يمنع من الاعتراض على الحكم من جديد.

ولكن بعض النظم الإسلامية لم تقرر – لسبب أو لآخر – هذا الأمر، فقانون المرافعات والتنفيذ اليمني – كما تقرر في مبحث الخصوم في الطعن بالنقض – يتيح لرئيس الجمهورية حق الطعن في أي حكم بات، فنص على أنه: «لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم بات يرى أنه يشتمل على خطأ يضر بالعدل مع تبيين وجه الخطأ...»[(٣)].

ونص قانون الإجراءات المدنية السوداني على إعطاء مثل هذا الحق للمحكمة العليا، فنص على أنه: «لا تخضع أحكام المحكمة القومية العليا للمراجعة، على أنه يجوز لرئيسها أن يشكل دائرة تتكون

(١) انظر ص٩٦-٩٩ من هذا البحث للرجوع إلى الحكم المنعدم في كل من الفقه الإسلامي والقانون المصري.

(٢) نظام القضاء: عبد الكريم زيدان: ص٢٣٩.

(٣) م٢٩٣/أ مرافعات يمني.

من خمسة من قضاتها لمراجعة أي حكم صادر منها موضوعيا، إذا تبين له أن ذلك الحكم ربما انطوى على مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ويصدر قرار الدائرة بأغلبية الأعضاء»[١].

وقد أيد الدكتور حيدر دفع الله[٢] هذا القانون، حيث قال «فالذي أميل إلى ترجيحه أن المشرع السوداني قد أحسن صنعا عندما نص أخيرا على جواز مراجعة المحكمة العليا لأحكامها، إذ القول بغير ذلك من شأنه أن يحصن أحكاما تنطوي على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون؛ لمجرد أن تلك الأحكام تصادف صدورها من أعلى سلطة قضائية في البلاد، ولا شك في أن جواز المراجعة فيه رجوع إلى الحق وإقامة للعدل».

ولكن يبدو أن ثمة قدرا من الاضطراب في صياغة هذه المادة، فبالرغم من أن نصها يوحي بعدم إكساب البتية لأي حكم قضائي مخالف للشريعة، فهو يضع علامة استفهام على حكم المحكمة القومية العليا بعد نظر الطعن المقدم من رئيسها، فلم تصرح المادة الآنف ذكرها بأنه يكون باتا، ومن ناحية أخرى تحتمل – من حيث الصياغة التي يُظن عدم إحكامها – أن الحكم الجديد في ذلك الطعن يسمى على كل حال حكما صادرا عن المحكمة العليا، أي يجوز لرئيس المحكمة القومية العليا الطعن فيه هو أيضا، بموجب تلك المادة، علاوة على أن الفقرة الثالثة من تلك المادة تقيد ذلك الطعن بموعد، وهو ستون يوما[٣]، فيكون فوات الموعد مسببا لما من شأنه – بحسب تعبير الباحث السابق – أن يحصن أحكاما تنطوي على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى العكس مما سبق نصَّ نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد على كون الاعتراض بطريق النقض يكون فقط في الأحكام والقرارات التي تصدرها محكمة الاستئناف[٤]، وهو ما يعني أن أحكام المحكمة العليا محصنة ضد الاعتراض بالنقض[٥]؛ وذلك أن واضعي الأنظمة السعودية يعدون محكمة النقض هي الجهة العليا التي تمارس الرقابة الشرعية، وذلك بكونها تراقب سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية[٦]، ويبدو أنهم أرادوا تحصين قراراتها من هذه الحيثية، ولكن هذا مخالف لما سبق عرضه[٧] من استقرار الفقه الإسلامي عليه، ومن أقوال الفقهاء المعتبرين، ويخالف

---

(١) م١٩٧ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١١٧.

(٣) انظر: م٣/١٩٧ إجراءات مدنية سوداني.

(٤) انظر: م١٩٣ مرافعات سعودي جديد.

(٥) ومن هذا القبيل قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني الصادر برقم ٩٥ لسنة ١٩٥١م: المادة:٢٠٤: « لا يجوز الطعن في أحكام محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن»، والتمييز هنا مرادف للنقض.

(٦) م١١ نظام القضاء السعودي.

(٧) انظر: ص١٥٩-١٥٥ من هذا البحث.

أيضا ما تم استعراضه من نظم إسلامية. لذا يدعو الباحث من خلال هذا الدراسة القائمين على وضع الأنظمة السعودية إلى إعادة النظر العميق المستنير في هذا الأمر.

وأيضا حدد نظام المرافعات الشرعية السعودي مدة لقبول الطعن بالنقض؛ إذ نص النظام على أن: «مدة الاعتراض بطلب النقض ثلاثون يوما»(١)، وجعل النقض غير مقبول إذا لم يقدم الاعتراض في هذه المدة، فسبب بذلك احتمال أن يستقر حكم مخالف لأحكام الشريعة، إذا فات الموعد، أو فوته الخصوم.

وتقترح الدراسة أنه إذا فُرضت مدة، وجُعل الحكم نهائيا باتا بالنسبة إلى الخصوم، أن يُترك باب الرقابة الشرعية على الأحكام مفتوحا للمحكمة العليا، بدون قيد المدة، وبدون اشتراط طعن الخصوم، وذلك لضمان ألا يكتسب حكم مخالف للشريعة صفة الحكم البات الذي لا معقب له. ولعل القائمين على التنظيم في المملكة العربية السعودية أن يستأنسوا في ذلك بما سبق.

ثالثا: أثر إصدار محكمة النقض حكمها في قانون المرافعات المصري:

إذا حكمت محكمة النقض في الطعن المرفوع إليها، أيا كان منطوق هذا الحكم، فقد جعل القانون المصري ذلك الحكم حكما باتا لا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، حيث نص قانون المرافعات على أنه: «لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن»(٢).

أي أن الحكم يكون قد اكتسب البتية المطلقة، دون استثناء، وبذلك تكون الخصومة قد انتهت تماما، وتحققت الغاية التي اتخذها المشرع من تنظيمه للقضاء.

ومن تطبيقات ذلك أن قالت محكمة النقض: «مفاد نص المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات، وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أن محكمة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي، وأن أحكامها باتة تكتسب قوة الأمر المقضي في المسائل التي بتت فيها، فلا يجوز المساس بهذه الحجية»(٣).

---

(١) م١٩٤ مرافعات سعودي جديد.

(٢) مادة ٢٧٢ مرافعات مصري .

(٣) طعن مدني رقم ٥٠٦ لسنة ٦٦ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/١٥م.

الفرع الثاني: أثر قبول الطعن ونقض الحكم

أولا: أثر قبول الطعن ونقض الحكم في الفقه والنظم الإسلامية:

تعرض البحث في الفرع السابق للأثر المترتب على حكم محكمة النقض أيا كان نوع الحكم، أي سواء بقبول الطعن، ونقض الحكم المطعون فيه، أو برفض الطعن، وتأييد الحكم.

وهنا يتعرض البحث لمسألة أخرى، وهي الأثر المترتب على حكم محكمة النقض بقبول الطعن ونقض الحكم، فهو ينضاف إلى الأثر السابق، ويزيد عليه، بمعنى أنه يترتب أولا الأثر العام الناشئ عن إصدار محكمة النقض للحكم أيا كان، ثم يترتب ثانيا أثر آخر على قبول الطعن ونقض الحكم.

وفي الفقه والنظم الإسلامية محل الدراسة إذا قبلت المحكمة المختصة بالنقض الطعن فإنه يترتب على ذلك إلغاء الحكم المطعون فيه، وعودة الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل الحكم المنقوض؛ لأن قبول الطعن يعني نقضه وإزالة آثاره كافة، وهناك أثر آخر يترتب على نقض الحكم الأول، وهو إصدار حكم جديد بدلا من المنقوض إن احتاجت القضية إلى ذلك.

وقد تقرر في المبحث السابق المتعلق باختصاص محكمة النقض أن عملها ينصب أساسا على أحد أمرين: إما قبول الطعن ونقض الحكم، أو رفض الطعن وتأييد الحكم، وتقدم الخلاف حول دور تلك المحكمة بعد قبولها للطعن، هل تحكم بنفسها في الموضوع، أو تحيله إلى غيرها؟

ولم يعثر الباحث على تحديد حاسم حول ما يفعله القاضي حين ينقض الحكم في القضية، هل يحيلها إلى القاضي الذي أصدر الحكم المنقوض، أو إلى غيره، أو أن يحكم قاضي النقض بنفسه؟ وإنما كان ذلك متروكا لما يراه قاضي النقض؛ لأن الأقوال قد صيغت بالبناء للمجهول، مثل ما ورد في مجلة الأحكام العدلية: «يُحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يُصدق وإلا يُستأنف»[(١)]، فلم يُذكر هل الذي يستأنف النظر في القضية هو القاضي الذي نقض الحكم، أو القاضي الذي أصدر الحكم الأول، ونحو ما ورد في البيان والتحصيل: «نُقضت أحكامه، وأُمر الخصوم باستئناف الخصام....»[(٢)]، فلم يبين مِن أي قاضٍ يكون استئناف نظر الخصومة: أمن الذي نقض الحكم، أو الأول، أو سواهما؟

وقد ذهب الدكتور عبد الكريم زيدان إلى أن الأصل أن تفصل محكمة النقض في موضوع القضية أيا كان[(٣)].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٢) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٤.

(٣) انظر: نظام القضاء، عبد الكريم زيدان: ص٢٣٦.

وقد تقرر سابقا – في مبحث محكمة النقض واختصاصها – أن المحكمة العليا السعودية إن قبلت الطعن ونقضت الحكم فالأصل أن تحيل القضية إلى المحكمة المختصة؛ لتحكم في الموضوع، ويستثنى من ذلك الأصل حالة أن يكون النقض للمرة الثانية، مع صلاحية الموضوع للفصل فيه، فهنا يتعين أن تفصل أيضا في الموضوع.

كما تقرر أيضا أن المحكمة العليا اليمنية إن قبلت الطعن، فالأصل أن تحيل الموضوع إلى المحكمة المختصة، والاستثناء هو إذا كان الطعن للمرة الثانية فهنا تحكم المحكمة العليا في الموضوع بعد قبول الطعن[1]. أما قانون الإجراءات المدنية السوداني فقد ترك المحكمة العليا تقرر في كل قضية ما يتراءى لها، سواء الإحالة أو الحكم في الموضوع.

ثانيا: أثر الحكم بقبول الطعن في قانون المرافعات المصري:

في قانون المرافعات المصري إن حكمت المحكمة بقبول الطعن، ونقض الحكم «عادت الخصومة، وعاد الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل إصدار الحكم المنقوض»[2].

ومن تطبيقات ذلك أن قضت محكمة النقض المصرية بأن نقض الحكم كليا يترتب عليه زوال أي طعن قائم من أي من الخصوم؛ لزوال الحكم الطعين نهائيا، وقالت المحكمة: «لما كان الثابت من الحكم الصادر في الطعنين سالفي الذكر المقامين من المطعون ضده – في الطعن المطروح – أن المحكمة قضت بنقض الحكم، وحكمت بعدم قبول الطلبات الجديدة المبداه[3] من الطاعنة أمام محكمة الدرجة الثانية، وكان نقض الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص يترتب عليه زواله، واعتباره كأن لم يكن، فيما قضى به في استئنافها، فإن الطعن الحالي والمقام منها على هذا الحكم يكون قد زال محله، ولم تعد هناك خصومة بين طرفيه، مما يتعين معه القضاء باعتبارها منتهية»[4].

ونصت المادة (٢٧١) من قانون المرافعات المصري على أنه: «يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام، أيا كانت الجهة التى أصدرتها، والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض، متى كان ذلك الحكم أساسا لها»

ومن تطبيقات ذلك حكمُ محكمة النقض الذي ورد فيه: «وحيث إنه لما كانت المادة (٢٧١) من قانون المرافعات تقضي بأنه يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسا لها، فإنه يترتب على نقض الحكم فيما قضى به من عمولة الإنتاج

---

(١) انظر: م٣٠٠ مرافعات يمني.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٢٤٤ بند ٧٥٧.

(٣) كذا بالأصل، ولعل الصواب «المبداة».

(٤) طعون مدنية رقم٧١٠٨، ٧١٥٩، ٧٢٠٠ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠٠٥/١٢/١١م.

يترتب عليه نقضه فيما قضى به في طلب الفوائد»[١].

فإذا نقض الحكم جزئيا، أي نقض جزء، وبقي جزء آخر لم ينقض، فإنه يترتب على نقض جزء معين منه أن ينقض كل ما تأسس على ذلك الجزء المحكوم بنقضه، وتطبيقا لذلك قالت محكمة النقض: «لما كان من المقرر أنه إذا كان الحكم المطعون فيه متعدد الأجزاء فنقضه في أحد أجزائه يترتب عليه نقض كل ما تأسس على هذا الجزء من الأجزاء الأخرى، ما طعن فيه وما لم يطعن، وكانت المحكمة قد انتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بمساءلة الطاعنة في الدعوى الأصلية، فإن من شأن ذلك نقضه بالتبعية فيما تطرق إليه من إلزامها بالتضامم من المطعون ضدهما الثاني والثالث بصفتيهما، باعتبار أن ذلك قد تأسس على الجزء المنقوض، وبالتالي زوال الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسئولية الأخيرين، وذلك عملا بالمادة (٢٧١) مرافعات»[٢].

وقد تقرر – في مبحث محكمة النقض – أن القانون المصري أيضا قصر عمل قضاة النقض على تأييد الأحكام الصحيحة ونقض الأحكام الباطلة، مع استثناء حالة كون الموضوع صالحا للفصل فيه، أو كون الطعن للمرة الثانية، فهنا وجب على المحكمة أن تحكم في الموضوع[٣].

وتمت الإشارة إلى أن العطف جاء بحرف العطف (أو) أي إن هناك حالتين من الاستثناء، هي صلاحية الموضوع للفصل فيه من قِبل محكمة النقض، أو كون الطعن يرد للمرة الثانية، ففي كلتا الحالتين تتولى المحكمة - وجوبا - الفصل في الموضوع.

---

(١) طعن مدني رقم ٢١٥٦ لسنة ٥٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٣/١٠م.

(٢) طعن مدني رقم ٦٩٣٧ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٥/٨م.

(٣) انظر: م٢٦٩ مرافعات مصري؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٦٦.

الفرع الثالث: أثر رفض الطعن بالنقض

أولا: أثر رفض الطعن بالنقض في الفقه والنظم الإسلامية:

إذا حكمت محكمة النقض برفض الطعن، فإنها تحكم بتأييد الحكم المطعون فيه، وتترتب على ذلك عدة آثار جديرة بالبحث هاهنا.

أما أثر التأييد في تنفيذ الحكم، فلم يعلم خلاف عن الفقهاء في الفقه الإسلامي على أن الأصل نفاذ حكم الحاكم الأول منذ صدوره ما لم يثبت فيه مخالفة بينة، وحُكي الإجماع على ذلك، فقال الشيخ علي حيدر شارح المجلة وغيره إن: «القضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع»(١)، وعلى هذا فتأييد الحكم من محكمة النقض لا أثر له في التنفيذ؛ لأن الأصل فيه أن يكون قائما قبل نظر الطعن وأثناءه، ويكون قد تعضد بتأييد الحكم من محكمة النقض.

ومع ذلك قد وردت عبارات في شرح مجلة الأحكام العدلية ربما تنطوي على قدر من اللبس في مسألة التنفيذ؛ حيث قال الشارح في شرحه للمادة (١٨٣٨) المنظِّمة للطعن بالنقض: «لو كان القاضي الأول حنفيا، وحكم بموجب مذهبه، وعرض الحكم ثانية على القاضي الشافعي فليس للقاضي الثاني المذكور نقض الحكم، بل عليه تنفيذه»(٢)، ففي هذه العبارة يتناول حالة من حالات رفض الطعن وتأييد الحكم الأول، وتحتمل دلالة العبارة أن الحكم لم يكن منفذا قبل العرض على قاضي النقض، وأنه جرى تنفيذه بعد الحكم برفض الطعن.

ولكن أغلب الظن أن التنفيذ هنا جاء بمعنى التأييد لا بمعنى الإجراء في الواقع، فقد ورد عن الشارح في موضع آخر قوله: «وإذا عرض حكم قاض على قاض آخر وجرت المرافعة الشرعية في حضور القاضي الثاني، فدقق القاضي في الحكم، وظهر له أن الحكم الأول موافق للشرع، وصدق الحكم فيسمى هذا التصديق تنفيذا»(٣)، فصرح هنا بأن التصديق يسمى تنفيذا.

ولقد وجد أن الشيخ علي حيدر شارح المجلة قد يستخدم لفظ التنفيذ بمعنى تأييد للحكم الأول، وقد يستخدمه بمعنى الإجراء في الواقع، وهو ما يقابل التنفيذ الجبري في الاستعمال المعاصر، فمن أمثلة استخدام لفظ التنفيذ بمعنى التأييد المثالان السابقان، ومن أمثلة استخدامه بمعنى الإجراء في الواقع قول الشارح في شرح مادة التمييز: «لا تنفذ الأحكام الصادرة في حق الأيتام والمجانين والمعتوهين والأوقاف قبل تمييزها. كذلك إذا مُيز الإعلام المتعلق بالمخالعة والطلاق وفسخ النكاح

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٨؛ وانظر: بدائع الصنائع: ج٧ ص١٤؛ تبيين الحقائق: ج٤/ص١٨٨؛ الفتاوى الهندية: ج٣/ص٣٥٦.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

يفرق بين الزوجين لنتيجة التمييز، ويمنعا من جميع المعاملات الزوجية، ولا يعطى للزوجة إذن بالزواج من آخر لنتيجة التمييز»(١)، فهنا استخدم التنفيذ بمعنى التنفيذ الجبري الشائع اليوم، وهو المقصود بالبحث هاهنا، ومثل ذلك قول الشيخ علي حيدر شارح المجلة: «مستدعي التمييز المحكوم عليه يقدم لائحته الاعتراضية، مع صورة الإعلام المصدقة، مع استدعاء إلى الحكومة المحلية، وترسل الأوراق المذكورة من الحكومة المحلية إلى باب الفتوى، ويؤخر تنفيذ الإعلام لنتيجة القرار»(٢).

ففي المصادر الفقهية القديمة لم يكن مصطلح التنفيذ قد تحدد بالدلالة الاصطلاحية التي هو عليها اليوم، وقد تقدمت الإشارة إلى احتمال تأثر تلك المسألة بتعريف القضاء الشائع بأنه «الإلزام»(٣)، وكون القاضي عند الكثيرين هو من له الإلزام بالحكم وتنفيذه. حتى إنه قد تداخلت السلطة التنفيذية مع السلطة القضائية عند ناظم تحفة الحكام الذي يقول في تعريف القاضي أنه:

مَنفِّذ بالشرع للأحكام *** له نيابة عن الإمام(٤)

وقد بدأ ذلك الغموض في التبدد عند متأخري المالكية(٥)؛ حيث انقسم التنفيذ في كتاب تبصرة الحكام إلى قسمين هما: «تنفيذ حكم نفسه، وتنفيذ حكم غيره»(٦)، والأول «معناه الإلزام بالحبس، وأخذ المال بالقوة، ودفعه لمستحقه، وتخليص سائر الحقوق... وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ»(٧)، أما القسم الثاني: فهو ما يطلق اليوم على التأييد؛ لأن القاضي الذي يحكم به «يقول فيما تقدم الحكم فيه من غيره: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا، فهذا ليس بحكم من المنفذ ألبتة»(٨)، وهو يناقش مسألة دقيقة، وهي: هل حكم المحكمة بتأييد حكم سابق يعد إنشاءً لحكم جديد، أم هو مجرد تأييد لحكم سابق كائن؟

وقد استخدم الشيخ علي حيدر شارح المجلة أحيانا لفظ الإجراء بمعنى التنفيذ، في مثل قوله عن

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) الإنصاف: ج١١/ص١٥٤؛ سبل السلام: ج٢/ص٥٦٥.

(٤) شرح ميارة: ج١/ص١٠.

(٥) قال القرافي معترضا على تعريف القضاء بالإلزام: «ثم يقع السؤال عن حقيقة الحكم المشار إليه بعبارة تُوفي به، فلا يجاب إلا بأن الحكم إلزام، والفتيا إخبار، فيقال: إن أريد الإلزام الحسي فقد يعجز الحاكم عن الإلزام الحسي من الترسيم والحبس وغير ذلك، ومع ذلك فحكمه حكم، وإلزامه الحسي ليس حكما، وإن أريد أنه يخبر عن يخبر عن حكم الله أنه إلزام، فالفتيا كذلك» الإحكام للقرافي: ص٣١ - ٣٢، وجاء في معين الحكام: «بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما فقد يفوض إليه التنفيذ، وقد لا يندرج في ولايته»: ج١/ص١١.

(٦) تبصرة الحكام: ج١/ص١٣٢.

(٧) السابق: الصفحة نفسها.

(٨) السابق: الصفحة نفسها.

الدفع إنه: «يصح أيضا بعد الحكم، وحتى بعد إجراء الحكم بناء عليه، إذا بين، وقدم المحكوم عليه في دعوى سببا صالحا لدفع الدعوى»[(١)].

وعلى هذا فالأرجح هو أن تأييد قاضي النقض للحكم الأول لا أثر له في التنفيذ؛ لكون التنفيذ قد يحدث قبل الطعن وأثناء نظره، ويؤيد ذلك أن لائحة التمييز العثمانية رغم أنها حددت لطالب التمييز (الاستئناف) أجلا وقتيا، فجاء فيها: «مستدعي التمييز إما أن يكون المحكوم له، أو المحكوم عليه، فإذا كان المحكوم عليه فله اعتبارا من تاريخ تبليغ الإعلام له بموجب الأصول أن يعترض على الحكم بظرف ثلاثة أشهر، فإذا اعترض بعد ذلك فلا يسمع اعتراضه»[(٢)]، فإنها لم تسم مع ذلك أجلا للنقض، فيبعد أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ إلى أجل غير مسمى.

ويؤيده أيضا أن التنفيذ في أصل اللغة لفظ مشترك[(٣)] بين معنى إجراء الحكم في الواقع، وبين الحكم بتأييده، وجعله مستحقا للإجراء في الواقع، فيتحتم البحث عن قرينة لفهم المعنى المقصود في كل نص، وقد تبين من النقول السابقة أنه كلمة التنفيذ في مبحث النقض مراد بها تأييد الحكم.

إذا تقرر ما سبق فمقصود الشيخ علي حيدر شارح المجلة هو تأييد الحكم في حالة رفض الطعن فيه بطريق النقض، وأن الأصل في التنفيذ قيامه منذ صدور الحكم الأول، ولا شيء يوقفه، وبناء عليه يمكننا القول بأن الأصل في تأييد الحكم من محكمة النقض ألا يترتب أثر عليه بشأن تنفيذ الحكم.

أما الآثار الأخرى التي قد تترتب على رفض الطعن، كتغريم الطاعن، أو مصادرة الكفالة في حالة طلبه من المحكمة إيقاف التنفيذ، أو عقوبته عقوبة تعزيرية إذا ظهر أن الطعن كيدي ... إلخ، فلم يعثر الباحث على ما يتعلق به في المجلة ولا في شرحها.

وهذا الأمر - بحسب اطلاع الباحث - لا نص خاصا فيه، وبالتالي يباح لولي الأمر، أو الجهة التشريعية التي تنوب عنه أن تسن ما تراه أرفق بمصلحة الناس، وأكثر تحقيقا للغاية المبتغاة من القضاء، وهي فض المنازعات، وتحقيق العدالة.

فيملك القائمون على التشريع إيجاب أن تأمر المحكمة بالحكم على الطاعن بالمصروفات، وأن تأمر بمصادرة الكفالة، وتعويض المطعون عليه إن تضرر من إيقاف التنفيذ إن حدث، أو ربما تأمر بعقوبة تعزيرية إن ثبت أن الخصم رفع الطعن للكيد، والتلاعب بمصالح المطعون عليه.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

(٢) السابق: ج٤/ص٦٩١.

(٣) التنفيذ صيغة (تفعيل) من الفعل الثلاثي (نفذ، ينفُذ، نفوذا ونفاذا)، وصيغة التفعيل تفيد تعدية الفعل نَفَذَ يَنْفُذ الثلاثي، يقال: «أمره نافذ أي ماض مطاع» لسان العرب: ص٤٤٩٧، والتعدية تعني جعل الشيء نافذا، وذلك بأن يحققه في الواقع، أو يأمر به، أو يحكم بتحقيقه، ومنه ما جاء في لسان العرب: «وأنفذ الأمر: قضاه»: ص٤٤٩٧.

وهناك أثر آخر تختص به الشريعة الإسلامية، وهو حرمة الطعن بالنقض في الأحكام الصحيحة، وهذه ترتب عقوبة أخروية، كما أنها تتعلق بنية الطاعن، أي لا يمكن في كثير من الأحوال إثبات أن الطاعن طعن في الحكم وهو معتقد لصحته؛ لأن اعتقاد الصحة أمر قلبي.

ولا شك أن العقوبة التعزيرية في حال توافر القرائن على أن الطعن كيدي، والحرمة الدينية بوصفها دافع داخلي، كفيلان بتقليل التداعي أمام محكمة النقض إذا كان الطعن غير مرتبط بأسباب قوية وصحيحة شرعا.

وقد أغفلت مواد نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد - بحسب اطلاع الباحث - ذكر الأثر المترتب على إيقاف التنفيذ بناء على طلب الطاعن، برغم أن المادة (١٩٦) منه قد أجازت للمحكمة أن تأمر بضمان، أو كفيل يضمن للمطعون عليه حقه في حال أمرها بوقف تنفيذ الحكم، ويبدو أن النظام السعودي ترك ذلك لاجتهاد القضاة فلم ينص عليه.

أما قانون المرافعات اليمني فينص على أنه: «إذا رأت المحكمة أن منطوق الحكم المطعون فيه - من حيث النتيجة - موافق للشرع والقانون رفضت الطعن...»[١] وفي هذه الحالة «تحكم على رافعه بالنفقات، ومصادرة الكفالة، وإذا تبين إرادة الكيد من الطاعن حكمت عليه بالتعويض للمطعون ضده»[٢].

ثانيا: أثر رفض الطعن في قانون المرافعات المصري:

عالج قانون المرافعات المصري الأثر المترتب على رفض الطعن بالنقض فيما يأتي[٣]:

- إلزام الطاعن بالمصاريف
- مصادرة الكفالة كلها أو بعضها
- وإن رأت المحكمة أن الطاعن أراد من طعنه الكيد فلها أن تحكم بالتعويض للمطعون ضده.

هذا علاوة على الأثر الذي يحدث في حالة حكم المحكمة أيا كان - بالقبول أو بالرفض - وهو بتية الحكم، أي عدم قابليته الطعن فيه بأي سبيل.

---

(١) م٣٠٠ مرافعات يمني.

(٢) السابق: المادة نفسها.

(٣) انظر: م٢٧٠ مرافعات مصري، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٦٠-٧٦١.

المطلب الرابع

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق:

اتفق كل من الفقه الإسلامي، والنظم القانونية الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على أن الأصل في الطعن بالنقض أنه لا يوقف تنفيذ الحكم الطعين.

نعم هناك حالات استثنائية نصت عليها تلك النظم، وفيها يوقِف نظر الطعن بالنقض تنفيذ الحكم، وهي حالة الضرر الجسيم الذي يقتنع به القاضي، ويأمر بناء على ذلك بوقف مؤقت للتنفيذ، ويأخذ الضمان الكافي للمطعون ضده.

كما اتفقوا كافةً على أن من آثار نقض الحكم زواله بكل ما بني عليه، وعودة الخصوم كما كانوا قبل الخصومة.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: المحكمة التي ترفع إليها صحيفة الطعن بالنقض:

١- الفقه الإسلامي:

الفقه الإسلامي المتعلق بالقضاء الترجيحي لم يعرف تخصيص محكمة للنقض، بحيث يسمح لها وحدها بالنظر في الطعون بنقض الأحكام، وبالتالي كان يستطيع الطاعن بالنقض أن يتوجه إلى الجهات الآتية:

- القاضي نفسه الذي حكم عليه بالحكم الأول
- أي قاض آخر
- قاضي المظالم أو الحاكم العام.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

- نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد نص على أن يُرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم المطعون فيه.
- قانون المرافعات والتنفيذ اليمني نص على أن يرفع الطعن إما إلى المحكمة العليا، أو المحكمة التي أصدرت الحكم الطعين.
- قانون الإجراءات المدنية السوداني نص على يرفع الطعن بعريضة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

- قانون المرافعات المصري نص على إيداع صحيفة الطعن لدى محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم.

الراجح:

هذا الأمر ليس فيه – بحسب اطلاع الباحث – دليل شرعي خاص، فهو من الأمور التنظيمية التي تسنها السلطة التشريعية بحسب الأكثر مناسبة، والأكثر مراعاة لتحقيق الغاية، والأيسر على الرعية.

وقد يبدو راجحا أن يرفع الطاعن صحيفة الطعن باختياره، أي إما إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، أو إلى محكمة النقض، بحسب ما يتيسر له؛ لأن في ذلك تيسيرا على الرعية، وهو نفس ما ورد في القانونين اليمني والمصري.

الاختلاف الثاني: توقيع محام مقبول لدى محكمة النقض:

١- **الفقه الإسلامي:**

تعد المحاماة – وهي وكالة في الخصومة بأجر – عقدا جائزا في الفقه الإسلامي، وليست واجبة، ولا شرطا في أي خصومة، وبالتالي لم يقل أحد الفقهاء – بحسب ما اطلع عليه الباحث – باشتراط محام أو وجوبه.

٢- **النظم القانونية الإسلامية:**

- لم يشترط نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد توقيع محام على صحيفة الاعتراض بطريق النقض، وإنما ورد في النظام أن توقيع المعترض هو المطلوب في صحيفة الاعتراض.
- وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني قد ترك الخيار في ذلك للمحكمة العليا؛ إذ نصت على أن المحكمة العليا تقبل توقيع الطاعن نفسه، أو تطلب توقيعها من محام مقبول.
- قانون الإجراءات المدنية السوداني ذكر في معرض بيان ما تشتمل عليه صحيفة الطعن أنها ينبغي أن تشتمل على توقيع الخصم أو وكيله أو محاميه، فترك الخيار للخصم نفسه في تقرير ما إذا كان سيرفع الدعوى بنفسه أو بوكيله.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

قانون المرافعات المصري اشترط أن يوقع صحيفة الطعن محام مقبول لدى محكمة النقض، وجعل صحيفة الطعن بغير ذلك باطلة، وأن ذلك من النظام العام؛ لذا تحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلان الطعن غير الموقع من محام مقبول لديها، حتى ولو لم يثره أحد من الخصوم.

الراجح:

قد ترجح في هذا المبحث أن الوكالة في أي خصومة – ومنها خصومة الطعن بالنقض – جائزة في الفقه الإسلامي، وأن أمر إلزام الحاكم بها يرجع لتقديره، أو تقدير سلطته التشريعية، فإذا ما قررت الإلزام بذلك جاز، وصح منها الإلزام، ووجب على الرعية الالتزام.

أما إن رأت السلطة التشريعية أن في ذلك نوعا من التحكم، وتقييدا لحرية الناس وراحتهم، وأنه ينطوي على إلزام بمصروفات إضافية ليست بواجبة عليهم، وأن من طعن طعنا غير مسبب بحق، أو غير مقبول قانونا فإنه يكون عرضة للمصروفات والكفالات والتعويضات، فلا توجبه، وذلك ما حدث في نظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانون الإجراءات المدنية السوداني.

وبنفس الطريقة، إذا بدا للسلطة التشريعية أن ترك ذلك للمحكمة العليا تقرره لكل قضية حسبما يتراءى لها، سنت ذلك، وهو ما حدث في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني.

الاختلاف الثالث: البتية:

١- **الفقه الإسلامي:**

في مصادر الفقه القديمة لم يثبت – بحسب اطلاع الباحث – خلاف بين الفقهاء حول جواز عرض الحكم الذي أصدره قاضي النقض على قاض آخر، وأنهم عدوه أمرا عاديا وجائزا، وبذلك لا يصل الحكم القضائي المخالف للشرع إلى درجة البتية مهما كان القاضي الذي أصدره.

وفي الفقه المعاصر هناك رأي للدكتور عبد الكريم زيدان لا يجيز إعادة النظر في الأحكام التي يصدرها قضاة النقض إلا في أحوال محددة حصرا، وبطعن من أصحاب الشأن، وضمن مدة محددة، بيد أنه لم يذكر تلك الأحوال ولم يأت بأي أدلة شرعية.

٢- **النظم القانونية الإسلامية:**

- لم يرد في مجلة الأحكام العدلية ما يدل على أنها تعترف ببتية أي من الأحكام القضائية، وقد بين شارحها أنه يمكن للقاضي الثالث أن ينقض حكما بالنقض أصدره قاض ثان. كما أن المجلة رغم أنها حددت موعدا للتمييز فلم تحدد موعدا للطعن بالنقض، وما دلالة ذلك إلا أنها تحمل نفس ما استقر في الفقه الإسلامي من مفاهيم مغايرة للبتّية.
- أما في نظام المرافعات السعودية السابق فكانت اللائحة التنفيذية للتمييز تتيح لرئيس القضاة بصفة استثنائية أن يطلب تمييز أي حكم يراه، وهو من الناحية النظرية ضد مفهوم بتية الأحكام.
- أما نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد فقد نصَّ على كون الاعتراض بالنقض يكون فقط في أحكام محكمة الاستئناف وقراراتها، وهو ما يعني أن أحكام المحكمة العليا

لا تقبل الاعتراض بالنقض، وألغى ما كان متاحا استثنائيا لرئيس القضاة في النظام السابق.

- أما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فلم يجعل الحكم الذي يشتمل على أخطاء شرعية أو قانونية يمتلك البتية، وذلك من خلال جواز الطعن فيه من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى.
- أما قانون الإجراءات المدنية السوداني فرغم أنه جعل لرئيس المحكمة القومية العليا أن يطلب مراجعة أي أحكام يرى أنها تنطوي على مخالفة لأحكام الشريعة الغراء، إلا أنه لم يصرح بكون حكم المحكمة القومية الصادر في ذلك الطعن يكتسب البتية أو لا، كما أنه وضع ميعادا لهذا الطعن، مما يشعر ببتية أحكام المحكمة القومية العليا بعد انقضاء ذلك الموعد.

٣- قانون المرافعات المصري:

قانون المرافعات المصري نص على بتية حكم محكمة النقض؛ إذ نص على أنه أيا كان منطوق هذا الحكم فهو حكم بات لا يمكن الطعن بأي سبيل.

الراجح:

الحكم الذي يوصف بأنه بات هو الحكم الذي لا يجوز الطعن عليه بأي سبيل من سبل الطعن، وقولنا بأن حكما معينا باتٌ يعني أحد احتمالين لا ثالث لهما:

- إما أننا نفترض فيه الصحة المطلقة، وفي قضاته العصمة من الخطأ
- وإما أننا نقبل بخطئه المتوقع منه – بغض النظر عن كثرته أو قلته – في سبيل عدم تأبد النزاعات.

والفقه الإسلامي قد أجمع على أنه لا بشر معصوم سوى أنبياء الله عليهم الصلاة والسلام، أما القبول بنسبة محتملة ضئيلة من الخطأ في سبيل عدم تأبد النزاعات فهو أمر عملي لا محيص عنه، فالكمال المطلق ليس من سمات البشر، ولكن تحصين الخطأ هو المشكلة، فالنص المطلق على بتية الأحكام يعني تحصين الأحكام، وتحصينها يحمل في طياته احتمال تحصين الخطأ المخالف لقطعي الشريعة، وبالتالي على منظري الأنظمة والقوانين أن يصلوا إلى صيغة تحقق بتية معينة في الأحكام، وتتيح لأحد ما من الهيئة الحاكمة أن تخرق تلك البتية – استثنائيا – لمصلحة الشريعة التي هي فوق أي مبدأ أو أي قاعدة قانونية.

لقد قام المشرعون اليمنيون بتقرير تلك الصيغة بأن جعلوا الأحكام باتة بالنسبة إلى الخصوم عند نهاية أمد الطعن، ولكنهم لم يجعلوها باتة بالنسبة لرئيس الجمهورية، والقانون السوداني أعطى إمكان خرق البتية لرئيس المحكمة العليا، والنظام السعودي السابق قد أعطاه لرئيس القضاة.

ومع ترجيح عدم بتية الحكم القضائي المخالف للشريعة، لابد من تأكيد أمرين:

• أن نقض النقض بصفة عامة أمر قليل، وأحيانا يكون نادرا؛ ذلك أن قضاة الذين ينظرون الطعن بالنقض في معظم الأنظمة أكثر عددا، وأكبر سنا، وأعظم خبرة، وينظرون القضايا للمرة الثانية أو الثالثة، وكل هذا من شأنه أن يقلل احتمال الخطأ، ولكن القضية قضية مبدأ ديني لابد من إقراره، حتى ولو لم يكن مناطه سوى حكم واحد.

• أن إقرار خرق البتية استثنائيا لمصلحة الشريعة لا يعني إهدار الأحكام، ولا جعل حجيتها في مهب الريح، فالخصوم يستطيعون أن يطمئنوا إلى حجيتها، وإلى نفاذ أحكامهم، إلا في حالة مخالفتها للمجمع عليه من الشريعة، وهو أمر لا يمكن إثباته بمجرد احتمال مخالفته لدليل مجمع عليه، بل لابد من الجزم به من أجل إيقاع النقض.

وعلى هذا ترجح الدراسة أنه بالنسبة للخصوم لابد من فرض مدة للطعن بالنقض، وجعل الحكم نهائيا باتا، أما بالنسبة للحاكم العام أو من ينوب عنه (كرئيس القضاة، أو المحكمة العليا، أو النائب العام) فيترك باب الرقابة الشرعية على الأحكام مفتوحا وبدون قيد المدة.

المقترح:

تعديل المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المصري لتكون كالآتي:

«لايجوز الطعن فى أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن، إلا للنائب العام، وهو لا يتقيد بميعاد».

تعديل المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية السعودي بإضافة أنه: مع ذلك يجوز لولي الأمر، أو من ينوب عنه الاعتراض بالنقض ضد أي حكم تصدره المحكمة العليا إذا رأى فيه مخالفة تستوجب النقض، وأن يكون طعنه غير مقيد بمدة.

الفصل الثاني

الطعن بطريق التماس إعادة النظر

ويشتمل على مباحث ثلاثة، وهي:

- المبحث الأول: ماهية التماس إعادة النظر ومشروعيته
- المبحث الثاني: أسباب التماس إعادة النظر وضابطها
- المبحث الثالث: إجراءات التماس إعادة النظر وآثاره.

المبحث الأول

ماهية التماس إعادة النظر ومشروعيته

وفيه المطالب الآتية:

- المطلب الأول: ماهية التماس إعادة النظر
- المطلب الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين التماس إعادة النظر والنقض
- المطلب الثالث: مشروعية التماس إعادة النظر في الفقه والنظم الإسلامية.

المطلب الأول
ماهية التماس إعادة النظر

الالتماس في اللغة العربية هو الطلب[١]، وأما إعادة النظر، فيقصد به هنا إعادة القاضي نظره في القضية، نظرا لظهور تغير في الوقائع التي حكم بناء عليها أول مرة، فإذا كان الطاعن بالنقض لا يطلب – أصلا – أن تعيد محكمة النقض النظر في الموضوع؛ بل يطلب أن تنقضه بناء على ما قدم لها من أسباب، فإن الطاعن هنا – أو الملتمس – يطلب شيئين من نفس المحكمة، وهما كالآتي:

- أولا: أن تنقض الحكم الذي صدر ضده
- ثانيا: أن تعيد نظرها وحكمها في ذات الموضوع، وذلك نظرا لوقوفه على وقائع جديدة مغايرة لما بني عليه الحكم الأول.

ولم يكن الفقهاء المسلمون قديما يميزون ذلك النوع من الطعن باصطلاح معين، ولا بأحكام خاصة؛ وسيتبين أنهم كانوا في القضاء الترجيحي يدرجونه ضمن النقض بمعناه الواسع، وكانت مجلة الأحكام العدلية تدرجه ضمن أنواع دفع الدعوى بعد الحكم[٢]، وبالتالي فإن مصطلح «التماس إعادة النظر» – بوصفه مصطلحا قضائيا – ليس عربي النشأة، وهنا يبدو أن بحث أصله ونشأته من مقتضيات الدراسة.

ترجع نشأة هذا المصطلح إلى القرن التاسع الهجري، الخامس عشر الميلادي؛ حيث استحدث الفرنسيون مصطلحا للتعرض لأحكام القضاة التي تخالف الواقع – وليس القانون – واطلقوا على ذلك (الادعاء بالغلط La voir de proposition d'erreur)، ونظرا لأن الغلط الحادث من القاضي لم يكن عمديا، بل هو خطأ نسبي، بمعنى أنه صواب بالنسبة لما وقف القاضي عليه من وقائع، وغير متعمد بالنسبة للوقائع الفعلية التي كانت خافية عليه، فقد طوروا ذلك المصطلح إلى (التماس إعادة النظر requête civile ou le recours en revision)[٣]، والترجمة الحرفية لذلك المصطلح الفرنسي هي (الطلب المدني أو التماس إعادة النظر)[٤] وكلا المصطلحين – كما يلاحظ – لا يتضمنان الدلالة على

---

(١) انظر: الصحاح: ج٣/ص٩٧٥، القاموس المحيط: ج٢/ص ٢٤٨ باب السين فصل اللام.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

(٣) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١٢٦، وقد شاع الاقتصار على مصطلح (requête civile) الذي يعني الطلب المدني والذي يقابل في الإنجليزية (civil petition): راجع: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط. ٢٠٠٤م، وراجع الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، للمؤلف نفسه.

(٤) انظر: عبارات requête civile و le recours en revisionفي اللغة الفرنسية في الموسوعة الإلكترونية collinsdictionary.

تجريح للقاضي، أو لحكمه الأول؛ لأنه يفترض أنه صدر صحيحا بخصوص ما ثبت له آنذاك من وقائع[١].

والتماس إعادة النظر في الاصطلاح القانوني المعاصر هو «طريق غير عادي للطعن في الحكم النهائي، يرفع إلى نفس المحكمة التي أصدرته إذا توافر سبب من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر»[٢].

وهو يهدف إلى تصويب أحكام القضاة التي بنيت على خطأ في تقدير الوقائع، على وجه غير متعمد من القاضي، ولكنه بسبب خفاء دليل أو مستند، أو غش أو ما شابه ذلك[٣].

والواقع أن فقهاء المسلمين قديما جعلوا هذا النوع مع النقض، ودرسوهما باسم واحد وهو النقض، وذلك بالرغم من ثبوت علمهم بالتفرقة الدقيقة بأوجه الاختلاف بين نقض الحكم بسبب الخلل في أدلته الشرعية، ونقضه بسبب الخلل في أدلته الواقعية، فقد قال العلامة ابن القيم: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

- أحدهما: فهم الواقع، والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.
- والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع.

ثم يطبق أحدهما على الآخر؛ فمن بذل جهده، واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرا؛ فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع، والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله، كما توصل شاهد يوسف بشق القميص من دبر إلى معرفة براءته وصدقه، وكما توصل سليمان ﷺ بقوله: "ائتوني بالسكين حتى أشق الولد بينكما"[٤] إلى معرفة عين الأم»[٥].

ولكن مصادر الفقه الإسلامي القديمة لم تخصص لكل نوع من أنواع الخلل في الأدلة – الشرعية والواقعية – بابا من أبواب الطعن، أو محكمة، أو أحكام خاصة، ربما لأن الأقضية كانت من القلة واليسر بما لا يحتاج إلى تفصيل كهذا، أو لغلبة أوجه الشبه على أوجه الاختلاف بينهما، وربما لغير ذلك من الأسباب، أما القضاء المعاصر فيجعلهما قسمين لغلبة أوجه اختلاف، وهنا تبدو الحاجة إلى دراسة أوجه الشبه والاختلاف بين النقض والتماس إعادة النظر، وهو موضوع المطلب الآتي.

---

(١) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص١٣.

(٢) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٥؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٨٧-٦٨٨.

(٣) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص١١ وما بعدها؛ حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١١٣.

(٤) صحيح البخاري: كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابنا، رقم ٦٧٦٩ ج٤/ص٢٤٤؛ صحيح مسلم: كتاب الأقضية، باب اختلاف المجتهدين برقم ١٧٢٠ (اللفظ للإمام مسلم).

(٥) إعلام الموقعين: ج١/ص٦٩.

المطلب الثاني
أوجه الشبه والاختلاف بين التماس إعادة النظر والنقض

أخذت النظم الإسلامية - محل الدراسة - بنظام التماس إعادة النظر بوصفه طعنا مختلفا عن الطعن بطريق النقض، كما هو الحال في قانون المرافعات المصري، فلابد من دراسة أوجه الشبه بين الطعن بطريق التماس إعادة النظر، والطعن بطريق النقض في تلك النظم؛ كيما يتسنى فهمه فهما يصلح الاعتماد عليه في دراسة سائر مباحث هذا الفصل.

أولا: أوجه الشبه

١. أن الطعن فيهما لابد أن يبنى على أسباب معينة حصرها القانون:

وذلك أن طرق الطعن غير العادية في الاصطلاح القانوني المعاصر هي الطرق التي يُحصر فيها الطعن بأسباب معينة، وهي النقض والتماس إعادة النظر[(١)].

وأسباب التماس إعادة النظر تختلف من نظام قضائي لآخر، ففي حين يجعلها القضاء المصري ثمانية أسباب[(٢)]، نجد أنظمة أخرى كالقضاء السعودي في نظامه القديم يجعلها سبعة[(٣)]، أما في نظام المرافعات السعودي الجديد فقد زاد سببا ثامنا وضعه في فقرة (ب) وهي الخاصة بالطرف الذي أدخل أو تدخل في الدعوى وهو من غير الخصوم[(٤)]، والقضاء السوداني يحصرها في أربعة أحوال[(٥)].

٢. أن الأصل في رفع الطعن (بالنقض أو بالتماس إعادة النظر) أنه لا يوقف تنفيذ الحكم[(٦)]، وهذه سمة ثانية من سمات طرق الطعن غير العادية.

---

(١) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٠٥ بند٥٧٣؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٥٩٧.

(٢) انظر: م٢٤١ مرافعات مصري، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٩-٩٣٤؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٩٠-٦٩٧.

(٣) انظر: م١٩٢ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦ - ٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠.

(٤) انظر: م٢٠٠ مرافعات سعودي جديد.

(٥) انظر: م٢١٧ إجراءات سوداني، وقد جعل الحالة الرابعة عامة، حيث ورد فيها: «د. لأسباب كافية وعادلة».

(٦) انظر: م١٩٢/٤ مرافعات سعودي قديم، م٢٠٢/٢ مرافعات سعودي جديد، المبسط: ص٣٤٦-٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠؛ م٢٤٤ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٣٦.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

١- أن الطعن بطريق النقض يكون لمخالفة القانون بمعناه العام، أما الطعن بطريق التماس إعادة النظر فالأصل فيه أن يكون لمخالفة الواقع.

فالطاعن في التماس إعادة النظر: «لا يتظلم مباشرة من التقدير القضائي الوارد في الحكم، وإنما يلتمس من المحكمة - دون أن ينسب إليها على وجه العموم أي خطأ - أن تسحب حكمها، وأن تفصل من جديد في ذات النزاع، مع الأخذ في الاعتبار ما تم اكتشافه من عناصر جديدة مؤثرة في عقيدة المحكمة»[(١)].

فقد يحكم القاضي بحكم بناء على شهادة زور، وهو لا يعلم، فيكون تكييفه القانوني للموضوع، وحكمه الصادر بناء على تقديره للوقائع صحيحا في ذاته، وذلك بالنظر إلى الوقائع التي ثبتت له، ثم يظهر بعد الحكم - بدليل قاطع - أنها شهادة زور حين يطعن الطاعن بالتماس إعادة النظر، ويقدم الدليل على أن الشهادة كانت مزورة، فحينئذ تقوم المحكمة بإصلاح خطأ ليست هي المسؤولة عنه، «بمعنى أن هذه المحكمة حينما تنظر الالتماس لا تقوم بإصلاح تقدير خاطئ وقعت فيه، ولكنها تقوم بإعادة التقدير في ضوء ظروف جديدة»[(٢)].

وقد يظهر للمحكوم عليه ورقة قاطعة في الدعوى - كمخالصة دين - كان الدائن المحكوم له قد أخفاها، وهذه الورقة «لو اطلع عليها القاضي قبل إصداره الحكم لأمكن أن يتغير تقديره بالنسبة لثبوت الوقائع»[(٣)]، فعند الطعن بالتماس إعادة النظر يكون القاضي قد تغيرت بالنسبة إليه الوقائع التي أنزل عليها حكمه، مما يستدعي إصدار حكم آخر مناسب للواقع الجديد، ويمكن القول بأن هذه الورقة «لو كانت قد قدمت إلى المحكمة قبل صدور الحكم المراد الطعن فيه لأمكن أن يتغير الوجه الذي أصدر به هذا الحكم»[(٤)].

٢- أن الأصل في التماس إعادة النظر أنه يرفع إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الأول[(٥)]، أما الطعن بالنقض فيرفع إلى محكمة أعلى مختصة بنقض الأحكام.

فالطعن بالتماس إعادة النظر هو بمثابة مراجعة المحكمة للحكم الذي أصدرته سابقا، حين يعرض

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٣٣٤، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٨٨.

(٢) السابق: ص٣٣٠.

(٣) السابق: ص ٢٣٩، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني،: ص٦٨٨.

(٤) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٢٥٥.

(٥) انظر: م٢٤٣ مرافعات مصري، م٢٠٢ مرافعات سعودي جديد، أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٨، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٨٧.

عليها أدلة جديدة تفيد أن الواقع الذي صدر عليه الحكم كان مغلوطا، ولهذا فلا غرو أن نجد من يفضل إطلاق لفظ «مراجعة الأحكام» على التماس إعادة النظر، وهو ما حدث في قانون الإجراءات المدنية السوداني[١].

هذا، وكان التماس إعادة النظر يرفع في النظام السعودي القديم إلى محكمة التمييز، فتصدر قرارها بقبوله أو عدم قبوله، ثم إذا قبلته بعثت بالقضية إلى المحكمة المختصة لتتولى إكمال لازم الالتماس[٢]، بيد أن هذا قد تغير في نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد، حيث صار الالتماس يقدم إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم[٣].

٣- أن الأصل في محكمة الالتماس أن تنظر في موضوع القضية التي رفع الالتماس بشأنها في حال قبول الطعن[٤]، أما محكمة النقض فالأصل أنها إما أن تؤيد الحكم الذي رفع طعن بشأنه، أو أن تنقضه، دون أن تنظر في الموضوع، بل تعيده إلى المحكمة التي أصدرته - أو إلى غيرها - لكي تحكم فيه من جديد.

ففي قضايا الالتماس والنقض يوجد نوعان من الأحكام، وهما:

- النوع الأول: حكم بقبول الطعن أو رفضه
- النوع الثاني: حكم في موضوع القضية من جديد في حالة قبول الطعن.

فالأصل في التماس إعادة النظر هو أن يصدر النوعان من المحكمة ذاتها التي تنظر الالتماس، أما في حالة النقض فالأصل في محكمة النقض أن تصدر النوع الأول من الأحكام، وأن تحيل القضية إلى المحكمة المختصة لتصدر النوع الثاني.

---

(١) انظر: قانون الإجراءات المدنية السوداني، الفصل الأول من الباب التاسع منه بعنوان: مراجعة الأحكام، وقال عنه الباحث حيدر دفع الله: «هو طريق مماثل لطريق الطعن بالتماس إعادة النظر في القانون المصري» درجات التقاضي: ص١١٦.

(٢) انظر: م١٩٤ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٨٠؛ المبسط: ص٣٥٥ - ٣٥٧، المرجع: ص٤٩٣.

(٣) انظر: م١/٢٠٢ مرافعات سعودي جديد.

(٤) انظر: السابق: م١/٢٠٢، م٢٤٥ مرافعات مصري.

المطلب الثالث
مشروعية التماس إعادة النظر في الفقه والنظم الإسلامية

بين رسول الله ﷺ أن القاضي حينما يقضي بين الخصوم إنما يقضي بالظاهر، وأنه يحتمل أن يكون هذا الظاهر خلاف الحق والحقيقة، وبناء عليه حذر المحكوم له من الانتفاع بالمحكوم به وهو ليس من حقه، فقال ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صدق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها»[١]، ومعنى هذا أن القاضي بوصفه بشرا فإنه يكون عرضة لخداع الخصوم، وغشهم وتزويرهم، فهو يحكم بالبينات التي ظهرت له في مجلس الحكم، وقد تكون غير كاملة أو فيها تزوير أو ما شابه ذلك، فأحيانا يشاء الله ﷻ عدم ظهور الحقيقة المخفاة في الدنيا، وتنتهي الخصومة بشكلها المزيف باطنا، وأحيانا يظهر ما يوجب تغيير قرار القاضي، وهو ما نتعرض له الدراسة في هذا المبحث.

ولم يعرف الفقه الإسلامي القديم مفهوم التماس إعادة النظر بوصفه مفهوما مستقلا عن النقض، ولكن قد وردت إشارات إلى مشروعيته ضمن أحكام النقض، فقد ورد في حاشية الجمل أن النقض يكون: «إذا حكم قاض باجتهاد أو تقليد فبان حكمه بمن لا تقبل شهادته كعبدين أو خلاف نص من كتاب أو سنة...»[٢] فجعل المثال الأول هو أن يحكم القاضي بشهادة اثنين ثم يتبين أنهما من العبيد، وهذا من الأمور الواقعية التي نجد حالات منها في التماس إعادة النظر بمفهومه المعاصر.

وقد بدأت الأطر تتضح شيئا فشيئا، حيث نجد مفهوم نقض الحكم لخطأ فيه من جهة السبب الذي بني عليه، أو من جهة الطريق الذي أوصل إليه، وذلك في مثل قول السيوطي الآتي: «وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه، والخطأ قد يكون في نفس الحكم، بكونه خالف نصا أو شيئا مما تقدم، وقد يكون الخطأ في السبب، كأن يحكم ببينة مزورة، ثم يتبين خلافه، فيكون الخطأ في السبب، لا في الحكم، وقد يكون الخطأ في الطريق، كما إذا حكم ببينة، ثم بان فسقها، وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم، بمعنى أنا تبينا بطلانه»[٣].

---

(١) حديث صحيح، سبق تخريجه بهامش ١ ص١٥.
(٢) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥١.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ج١/ص١٠٥.

وربما أسمت مصادر الفقه القديمة ذلك النوع من الطعن دفعا بعد الحكم، وذلك كما في البحر الرائق، حيث ورد فيه: «وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا، وكذا يصح قبل الحكم، كما يصح بعده، ودفع الدفع، ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقيل لا يسمع بعد ثلاث، بأن ادعى الملك المطلق، فقال اشتريته منك، فدفع قائلا بالإقالة، فدفع قائلا بأنك أقررت: ما اشتريته مني، يسمع في المختار»(١).

وفي تنقيح الفتاوى سؤال عن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها الشرعية فهي لا تنقض ولا تعاد، إلا إذا أتى المحكوم عليه ببينة تدفع الحكم، حيث جاء فيه: «قال مشايخنا في كتبهم، كالذخيرة وغيرها: كما يصح الدفع يصح دفع الدفع، وكذا يصح دفع الدفع، وما زاد عليه يصح، وهو المختار، وكما يصح قبل إقامة البينة يصح بعدها، وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعد الحكم، وفي الذخيرة: برهن الخارج على نتاج، فحكم له، ثم برهن ذو اليد(٢) على النتاج يحكم له به»(٣).

كما ورد في نفس المصنف اشتراط البينة الجازمة التي لا تحتمل الشك أو التأويل: «لو أتى بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع لا يقبل، نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار لا يبطل الحكم؛ لجواز التوفيق بأن شراه بخيار، فلم يملكه في ذلك الزمان، ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه، فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك، ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم؛ إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه»(٤) ومعنى هذا أن ذلك الدفع - بعد الحكم - وإن كان يصلح قرينة للدفع قبل الحكم، فلا يصلح للطعن بعد الحكم؛ إذ هو قرينة ظنية لا تقوى على رفع الحكم، مع إمكان قدرتها على الدفع قبل الحكم.

وقد ذهب الدكتور محمد رأفت عثمان إلى عد الدفع بعد الحكم مقابلا للاستئناف، فقال: «هذا، ويمكن القول بأن فقهاءنا القدامى تعرضوا لبحث موضوع استئناف الأحكام، لكن ليس بهذا العنوان، وإنما سموه بالدفع، وما قالوه في دفع الدعوى بعد الحكم من القاضي ينطبق على الاستئناف؛

---

(١) البحر الرائق: ج٧/ص٢٣١.

(٢) ذو اليد: المتصرف في الأملاك والأعيان، أو من كانت العين في حيازته، وهو الذي وضع يده على عين بالفعل، أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملّاك. (Upper hand – Possessor). انظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، تأليف سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ص٣٩٢؛ معجم لغة الفقهاء، عربي-إنكليزي، تأليف د. محمد رواس قلعة جي (ت١٤٣٦م)، د. حامد صادق قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ص٢١٥.

(٣) تنقيح الفتاوى: ج٢ ص٣٨، وهذا القول منسوب إلى خير الدين الرملي.

(٤) السابق: الصفحة نفسها.

لأنه ليس إلا نظر في الدعوى مرة ثانية، غير أن الفقهاء القدامى لا يشترطون تغيير القاضي الذي سينظر في الدعوى مرة أخرى، كما هو الحال في الاستئناف بوصفه طريقا من طرق الطعن في الأحكام في القوانين الوضعية»(١).

ولكن الدفع بعد الحكم فيه من سمات التماس إعادة النظر ما يأتي:

- وجوب الإتيان ببينة، وهو لا يكون في الاستئناف، بل الاستئناف يكون بمجرد عدم قناعة الخصم بالحكم، كما سيتبين في الفصل الأخير تفصيليا.
- الأصل في الدفع أن يكون في حكم حائز على القوة التنفيذية، والأصل ألا يتوقف التنفيذ إلا إذا ثبتت صحة الدفع، وليس الاستئناف كذلك، بل الأصل في الاستئناف أن يوقف نفاذ الحكم.
- يكون الدفع لدى نفس القاضي، أما الاستئناف فيكون لدى قضاة أرفع درجة - بحسب ما هو ثابت في النظم الإسلامية وسنتعرض لها في الفصل الرابع - وهو ما صرح الدكتور محمد رأفت بكونه اختلافا بين النظم الوضعية والفقه الإسلامي.

يتبين مما سبق أن الفقه الإسلامي قد عرف التماس إعادة النظر، وإن كان قد عرفه بلفظ آخر، وفي طيات صورة مختلفة من الطعن.

هذا، وقد سارت مجلة الأحكام العدلية على عد ذلك من صور النقض، وقد أجمل الشارح في نهاية الباب الأول من الكتاب الرابع عشر أنواع دفع الدعوى، وجعل من بينها «الدفع بعد الحكم»، وقد خصصت المجلة المادة (١٨٤٠) لذلك النوع من الدفع بعد الحكم، حيث جاء فيها: «كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح بعد الحكم، بناء عليه إذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سببا صالحا لدفع الدعوى، وادعى دفع الدعوى، وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له، وتجري محاكمتهما في حق هذا الخصوص»(٢).

أما في القضاء السعودي، فقد وجد التماس إعادة النظر بلفظه ومفهومه، فقد ورد في نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم أن: «طرق الاعتراض على الأحكام هي التمييز، والتماس إعادة النظر»(٣)، وفي النظام الجديد: «طرق الاعتراض على الأحكام هي الاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر»(٤).

---

(١) النظام القضائي، محمد رأفت عثمان: ص٥٥٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

(٣) م١٧٣ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط: ص٢٨١، المرجع: ص٤٧١.

(٤) م ١٧٦ مرافعات سعودي جديد.

وكذلك القانون اليمني جعل لالتماس إعادة النظر بابا مستقلا، حيث نص على أن: «يكون الطعن في الأحكام بطريق الاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر»[١].

وبهذا يتقرر أن الفقه القضائي الإسلامي قد عرف التماس إعادة النظر، وأقر بحق المحكوم عليه بدفع الحكم، والطعن فيه بهذا الطريق إذا أتى ببينة صالحة.

---

(١) م٢٧٢ مرافعات يمني.

المبحث الثاني

أسباب التماس إعادة النظر وضابطها

وفيه المطالب الآتية:

- المطلب الأول: أسباب التماس إعادة النظر
- المطلب الثاني: ضابط الأسباب المعتبرة في التماس إعادة النظر
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول
أسباب التماس إعادة النظر

تبين أن فكرة التماس إعادة النظر هي في المقام الأول: إعادة القاضي نفسه، أو المحكمة نفسها نظر القضية لما ثبت فيها من أمور واقعية جديدة بالبينة القاطعة، بحيث لو اطلع عليها القاضي قبل الحكم لتغير رأيه، وتصوره الذي بنى عليه حكمه. وستتناول الدراسة في هذا المبحث أسباب التماس إعادة النظر في الفقه الإسلامي، والنظم القانونية الإسلامية، وفي القانون المصري.

أولا: أسباب التماس إعادة النظر في الفقه الإسلامي:

تقرر سابقا أن التماس إعادة النظر وجد بالمفهوم لا باللفظ في الفقه الإسلامي، وأنه بُحث في إطار نقض الحكم المبني على خطأ في السبب، أو في الطريق، ولم يعثر الباحث على أسباب تفصيلية لالتماس إعادة النظر، أو لما أسموه الدفع بعد الحكم في المراجع القديمة، سوى الأمثلة القليلة التي أوردناها في المبحث السابق، مثل ما ذكره السيوطي من التفريق بين نقض الحكم للخطأ فيه، ونقضه للخطأ في سببه، والخطأ في طريقه، وذلك في قوله: «وقد يكون الخطأ في السبب، كأن يحكم ببينة مزورة، ثم يتبين خلافه، فيكون الخطأ في السبب، لا في الحكم، وقد يكون الخطأ في الطريق، كما إذا حكم ببينة، ثم بان فسقها. وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم، بمعنى أنا تبينا بطلانه»[١]، فهو هنا اكتفى بضرب أمثلة لكل نوع من الخطأ، ولكنه لم يحصر حالات ذلك.

فالسيوطي يقسم الخطأ في الحكم إلى ثلاثة أنواع: الخطأ في ذات الحكم – حسب تعبيره – وهو يقابل النقض المعاصر، وضابطه هو مخالفة القواعد القانونية أو التشريعية، والنوعان الآخران هما الخطأ في السبب والطريق، وهما يقابلان التماس إعادة النظر، فالسبب – حسبما يفهم من الأمثلة التي ضربها السيوطي – هو ما يقابل الوقائع، أما الطريق فهو يقابل كيفية ثبوت الوقائع، فأسباب نقض الحكم عنده يمكن تقسيمها إلى نوعين فقط هما:

١. الأسباب المعتبرة للخطأ في ذات الحكم، وهي تقابل أسباب النقض بمفهومه المعاصر: والخطأ في ذات الحكم يعني مخالفة دليل شرعي مجمع عليه أو مقطوع به.

٢. الأسباب المعتبرة للخطأ في سبب الحكم أو طريقه، وهي تصلح لمقابلة أسباب التماس إعادة النظر المعاصر: وذلك الخطأ هو في الوقائع، أو في كيفية ثبوتها.

على أن السيوطي رغم أنه لم ينص على حالات محصورة للخطأ في الحكم أو في الطريق، إلا أن

(١) الأشباه والنظائر للسبكي: ج١/ص١٠٥.

عبارته تشي بأنه كان يدرك أهمية وجود بينة - أي دليل - يستدعي نقض الحكم بذلك الطريق، أي إن مجرد الظن لا يصلح للدفع، علاوة على أنه - في النهاية - ضمّن ذلك في باب النقض بمعناه الواسع، وقد تقرر أن النقض في الشريعة الإسلامية يكون عند التبين القطعي للخطأ وأن الفقهاء كان بينهم خلاف حول النقض في مسائل الاجتهاد[١].

وهذا الرأي نجده بحذافيره عند تاج الدين السبكي الذي قال: «والحاكم منصوب لأن يحكم بحكم الشرع، وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها، ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي. والخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة:

- أحدها: أن يكون في الحكم الشرعي بأن يكون حكم بخلاف النص، أو الإجماع، أو القياس الجلي فينقض لتحقق الخلل في الحكم...
- الثاني: أن يحصل الحكم على سبب غير موجود، ويظن القاضي وجوده، ببينة زور ونحوها...
- الثالث: أن يكون الخلل في الطريق، كما إذا حكم بشهادة كافرين، فإذا تبين ذلك ينقض سواء كان المشهود به صحيحا أم لا...»[٢].

ويبدو أن كلًا من السيوطي والسبكي برغم تفريقهما بين الخطأ الذي يكون في ذات الحكم وفي سببه وطريقه يضمان ذلك جميعا ضمن باب واحد، وهو النقض؛ ولأن الفقهاء في عصر القضاء الترجيحي - كما تقرر[٣] - كانوا يجيزون النقض أمام القاضي نفسه، وأمام قاض آخر، ويجيزون لقاضي النقض أن يحكم فيما نقض، فلم يكن ثمة داع للتفرقة الحاصلة بين التماس إعادة النظر والنقض.

وقد يندرج تحت ذلك النوع قضاء سليمان عليه السلام فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: «بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود، فأخبرتاه فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا تفعل - يرحمك الله - هو ابنها، فقضى به للصغرى»[٤].

فالقرطبي يقول معلقا: «ولا يكون ذلك من باب نقض الحكم الأول، لكن من باب تبدل

---

(١) انظر: ص٨٤-٨٨ من هذا البحث.

(٢) السابق: ج١/ص٤٠٦.

(٣) انظر: ص٦٦-٩١ مبحث محكمة النقض واختصاصها.

(٤) صحيح البخاري: كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابنا، برقم ٦٧٦٩، ج٤/ص٢٤٤؛ صحيح مسلم: كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، برقم ١٧٢٠، ص٧١٤،؛ واللفظ للبخاري، وهو جزء من الحديث.

الأحكام بتبدل الأسباب، والله أعلم»[١]، أي ليس هذا من باب نقض الحكم لمخالفته الشرع معاذ الله، وإنما لتغير السبب الذي بني عليه، ومع ذلك يدرج بعض الباحثين الاستدلال بهذا الحديث ضمن أدلة جواز الاستئناف، وستتعرض الدراسة لذلك تفصيلا في الفصل الخاص بالاستئناف.

ثانيا: أسباب التماس إعادة النظر في بعض النظم الإسلامية:

تركت مجلة الأحكام العدلية الحرية للقاضي في تقديرأسباب الدفع بعد الحكم - وقد تقرر[٢] أنه يقابل التماس إعادة النظر - وذلك من خلال تعميمها للمادة (١٨٤٠) التي نصت على أن الدفع بعد الحكم يكون بناء على سبب صالح، حيث جاء في هذه المادة: «كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح بعد الحكم، بناء عليه إذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سببا صالحا لدفع الدعوى...»[٣]، فاشترطت المادة تقديم سبب صالح للدفع، واكتفت بالتمثيل لا الحصر، حيث ورد في ذات المادة: «... مثلا إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثة له من أبيه، وأثبت ذلك، ثم ظهر بعد الحكم سند معمول به يبين أن أبا المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد، تسمع دعوى ذي اليد، وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول، واندفعت دعوى المدعي»[٤]، فأشار في المثال إلى ظهور سند معمول به، وهو ما سنرى أنه واحد من الأسباب الكثيرة المحصورة في النظم القانونية لالتماس إعادة النظر.

وفي شرح تلك المادة لم يزد الشارح أيضا عن تقديم المزيد من الأمثلة، وأشار في الأمثلة أيضا إلى ضرورة ظهور بينة عادلة، أو سند معمول به بعد الحكم[٥].

هذا، وقد بين نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم أسباب التماس إعادة النظر كما يأتي:

«يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية، في الأحوال الآتية:

أ. إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني على شهادة قضي من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها مزورة.

ب. إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم.

ج. إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم.

---

(١) تفسير القرطبي: ج١١/ص٣١٣.

(٢) انظر: ص١٨٦-١٨٩ من هذا البحث.

(٣) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

(٤) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

د. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو قضى بأكثر مما طلبوه.

هـ. إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضا.

و. إذا كان الحكم غيابيا.

ز. إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى»(١).

ومما يلفت النظر هاهنا أن السبب رقم (و) هو في القانون المصري يدخل في باب الطعن بالمعارضة، فطرق الطعن في القانون المصري هي: المعارضة، والاستئناف، والنقض والتماس إعادة النظر، أما طرق الطعن في نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم هي التمييز، والتماس إعادة النظر(٢) وفي نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد طرق الطعن هي الاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر(٣)، ومعنى ذلك أن التماس إعادة النظر في النظم السعودية تُعد المعارضة في الحكم الغيابي حالة من حالاته.

ولأن الأصل في الأحكام الصحة ما لم يثبت العكس بدليل قاطع فقد روعي في أسباب التماس إعادة النظر أن تكون قاطعة الدلالة على وجود خطأ في الحكم المطعون فيه، كالغش أو التزوير، إذ لا يكفي مجرد الادعاء لقبول الالتماس.

ومن تطبيقات ذلك أن حكمت المحكمة الكبرى بالرياض برفض التماس في حكم صدر برد دعوى بثمن جوهرة نفيسة، ودفع الادعاء الذي بني على شهادة الشهود بأن المدعي فقير، ولا يملك ثمن البنزين، فضلا عن أن يملك جوهرة بملايين الريالات، وأنه قد اقترض من بعض الشهود، وقد صادق المدعي على صحة ذلك، وبعد أن صدقت محكمة التمييز الحكم برد الدعوى، واكتسب الحكم القطعية، قدم الملتمس بينات جديدة تفيد أنه ليس فقيرا كما زعم المدعى عليه، وأنه اشترى أرضا بملايين الريالات، وحكم له بإفراغها، فطلب منه القاضي ناظر الالتماس أن يقدم صورة من الشيك الذي دفعه في تلك الأرض، ورقم حسابه البنكي، فنكل عن ذلك، وأيضا سأل القاضي شيخَ الصاغة عن إمكان أن تنتقل جوهرة ثمينة من يد إلى يد دون معرفة سلسلة تنقلها، فأجاب بالنفي، وأضاف أن المدعي ليس من تجار الجواهر المعروفين، فحكم القاضي برفض الالتماس وتأييد حكمه الأول(٤).

أما نظام المرافعات السعودي الجديد - رغم أنه كرر تلك الأسباب السبعة بالنص - فقد

---

(١) م١٩٢ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦ - ٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠ - ٤٩١.

(٢) انظر: م١٧٣ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص١٨٥؛ المبسط: ص٢٨١، المرجع: ص٤٧١.

(٣) انظر: م١٧٦ مرافعات سعودي جديد.

(٤) مدونة الأحكام القضائية: ج١/ص٢٢، قرار مجلس القضاء الأعلى رقم ٥/٤٤٦ بتاريخ ١٤٢٠/٨/١٣هـ.

أضاف سببا آخر جعله في فقرة منفصلة، وهو: «يجوز لمن يعتبر الحكم حجة عليه، ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوى أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية»[١].

فلم يدرج تلك الفقرة لتكون ثامن الأحوال السبعة المذكورة في نظام المرافعات السابق، وإنما جعلها فقرة مستقلة، ويبدو أن ذلك من لوازم الدقة، حيث إن الأحوال السبعة المذكورة جاءت بعد قوله: «يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس ... في الأحوال الآتية» في حين أن الفقرة التي أضافها النظام الجديد لا تحدث عن الخصوم، وإنما تحدث عمن يعتبر الحكم حجة عليه، ولو كان من غير خصوم الدعوى، أو أطرافها، فصارت الدقة تقتضي ألا يندرج ذلك ضمن الأحوال السبعة المتعلقة بالخصوم في الدعوى دون غيرهم.

وقانون الإجراءات المدنية السوداني حين تعرض لأسباب التماس إعادة النظر (تحت مسمى طلب المراجعة)، جاء فيه: «يجوز للخصوم أن يطلبوا مراجعة الأحكام الصادرة بصفة نهائية في أي من الأحوال الآتية:

أ. إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير في الحكم

ب. إذا حصل مقدم طلب المراجعة على بينة، أو مسائل هامة لها تأثير مباشر في الحكم، ولم يكن في وسعه الحصول عليها، أو العلم بوجودها قبل صدور الحكم

ج. إذا وجد خطأ ظاهر بالمحضر

د. لأسباب كافية وعادلة»[٢].

وقد لجأ إلى التعميم في السبب الرابع منها، وهو يحاكي في ذلك ما رأيناه في الفقه الإسلامي من عدم حصر أسباب التماس إعادة النظر، ويبدو أنه بسبب تأبي تلك الأسباب على الحصر، أو على الأقل صعوبة ذلك، فهو رغم أنه حصر الأحوال الثلاثة الأولى، نص في الحالة الرابعة على «أسباب كافية وعادلة».

وعبارة «أسباب كافية وعادلة» الواردة في القانون السوداني تشبه إلى حد كبير عبارة مجلة الأحكام العدلية وشرحها، حيث استخدما ألفاظا مثل: «سبب صالح لدفع الدعوى» ومثل «ظهور بينة عادلة، أو سند معمول به بعد الحكم»[٣].

أما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فقد جعل أسباب التماس إعادة النظر ثمانية هي نفس الأسباب التي في نظام المرافعات السعودي الجديد، باستثناء حالة صدور الحكم غيابيا، ومع اختلاف

---

(١) م٢٠٠/٢ مرافعات سعودي جديد.

(٢) م١٩٩ قانون الإجراءات المدنية السوداني.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

طفيف في الترتيب والصياغة وغيرها[١].

ثالثا: أسباب التماس إعادة النظر في قانون المرافعات المصري:

إذا استعرضنا هذه الأسباب في القانون المصري نجد تقاربا مع نظام المرافعات السعودي الجديد، وهو تقارب يكاد أن يكون تطابقا بحسب وصف الدكتور أحمد هندي[٢]، وهنالك تقارب أكبر بين أسباب الالتماس في قانون المرافعات المصري، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني في أكثر الجزئيات، حيث نص قانون المرافعات المصري على أنه: «للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية فى الأحوال الآتية:

١. إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم
٢. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التى بني عليها، أو قضي بتزويرها
٣. إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة
٤. إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها
٥. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه
٦. إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض
٧. إذا صدر الحكم على شخص طبيعي، أو اعتباري لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا فى الدعوى، وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.
٨. لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه، ولم يكن قد أدخل، أو تدخل فيها، بشرط إثبات غش من كان يمثله، أو تواطئه، أو إهماله الجسيم»[٣].

فإذا عقدنا مقارنة بين نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد، وقانون المرافعات المصري في أحوال الطعن بالتماس إعادة النظر وجدنا ما يأتي:

- أن الحالة الأولى في القانون المصري – التي تتعلق بظهور غش مؤثر من الخصم – يقابلها الحالة الثالثة من النظام السعودي وتساويها تماما.

---

(١) انظر: م٣٠٤ مرافعات يمني.
(٢) انظر: أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية: ص٧٦.
(٣) م٢٤١ مرافعات مصري؛ وانظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٨ – ٩٣٤؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٩٠-٦٩١.

• الحالة الثانية في القانون المصري - التي تتعلق بتزوير الأوراق التى بني عليها الحكم - تتضمنها الحالة الأولى في النظام السعودي، إلا أن النظام السعودي اكتفى بظهور تزوير الأوراق التي بني عليها الحكم دون أن يبين كيفية ثبوته، أما القانون المصري فقد فصل ذلك بحالتي الإقرار، والقضاء بالتزوير.

• الحالة الثالثة في القانون المصري - وهي حالة ابتناء الحكم على شهادة زور - يتضمنها أيضا الحالة الأولى في النظام السعودي، إلا أن النظام السعودي اشترط صدور الحكم بالتزوير من المحكمة المختصة، في حين اقتصر القانون المصري على القضاء بالتزوير دون الحاجة إلى التأكيد على كون جهة الاختصاص هي من أصدرت ذلك الحكم.

• الحالة الرابعة في القانون المصري - وهي حالة حصول الملتمس على أوراق قاطعة فى الدعوى - يقابلها الحالة الثانية في النظام السعودي، بيد أن النظام السعودي قال بتعذر إبراز الورقة القاطعة في الدعوى، سواء بفعل الخصم أو بغيره، أما القانون المصري فاشترط حيلولة الخصم دون تقديمها.

• الحالة الخامسة في القانون المصري - وهي حالة القضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه - تقابل الحالة الرابعة في النظام السعودي وتساويها تماما.

• الحالة السادسة في القانون المصري - وهي حالة تناقض بعض الحكم مع بعضه - تقابل الحالة الخامسة من النظام السعودي وتساويها تماما.

• الحالة السابعة في القانون المصري - وهي صدور الحكم على شخص لم يمثل ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى - تقابل الحالة السابعة في النظام السعودي، إلا أن القانون المصري استثنى من ذلك النيابة الاتفاقية(١).

• الحالة الثامنة في القانون المصري - وهي كون الحكم حجة على من لم يكن قد أدخل، أو تدخل في الدعوى - لم يشتمل عليها النظام السعودي القديم، ولكن استحدثت في نظام المرافعات السعودي الجديد، غير أنها قد استحدثت في فقرة خاصة كما تقدم، نظرا لأن الحالات السابقة تتعلق بالخصوم.

• أما الحالة السادسة في النظام السعودي - وهي إذا كان الحكم غيابيا - فليست مذكورة في القانون المصري ضمن حالات جواز التماس إعادة النظر؛ لأنها خاصة بالطعن بطريق المعارضة.

من هذا يتقرر أن قانون المرافعات المصري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد يكادان يتطابقان لولا خلافات يسيرة، كما أن التشابه في صياغة معظم العبارات يشي بتأثر أحدهما بالآخر،

---

(١) النيابة ثلاثة أنواع: النيابة القانونية: وهي التي يحدد القانون فيها من الذي ينوب، والنيابة القضائية: وهي التي يصدر قرار قضائي بشأنها، والنيابة الاتفاقية هي النيابة التي تتم بالاتفاق بين الخصم ونائبه. انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٢٢٧.

فإذا أخذنا في الحسبان سبق القانون المصري[١] ظهر تأثر النظام السعودي، وكذلك قانون المرافعات والتنفيذ اليمني[٢] بالقانون المصري.

---

(١) قانون المرافعات المصري بهذا النص قد صدر عام ١٩٦٨م، في حين أن نظام المرافعات السعودي القديم صدر عام ١٤٢٠هـ، الموافق عام ٢٠٠٠م، أما نظام المرفعات السعودي الجديد فقد صدر في عام ١٤٣٥هـ الموافق عام ٢٠١٣م.

(٢) صدر قانون المرافعات اليمني سنة ٢٠٠٢م.

المطلب الثاني
ضابط الأسباب المعتبرة في التماس إعادة النظر

بعد عرض أسباب التماس إعادة النظر في الفقه، وبعض النظم الإسلامية، والقانون المصري قد يُلاحظ أن هناك صعوبة تكتنف وضع ضابط معياري يقيس مدى صحة أن ندرج سببا معينا ضمن أسباب التماس إعادة النظر، وأن نستبعد سببا آخر.

- فالسيوطي - ومثله السبكي - يجعل السبب هو كون الخطأ في سبب الحكم أو طريقه، وبمعنى آخر: يكون الدفع إذا ثبت بالبينة خطأ ظاهر يتعلق بالأسباب الواقعية أو بكيفية ثبوتها، وهي عناصر قابلة للتعميم، وقد كانت في القضاء الترجيحي متروكة لاجتهاد القضاة. وقد يكون من قبيل هذا الاجتهاد ما قاله القرطبي بشأن قضاء سليمان بعد قضاء داود عليهما السلام مما يندرج ضمن التماس إعادة النظر، أو بحسب تعبير القرطبي: «من باب تبدل الأحكام بتبدل الأسباب»(١).
- أما مجلة الأحكام العدلية فتميل لعدم الحصر، لا بالوقائع، ولا بكيفية ثبوتها، بل تفتح الباب على مصراعيه لدفع الحكم طالما قدم الطاعن سببا صالحا، أو مستندا معمولا به - بحسب تعبير المجلة - والسبب في سياق كهذا إنما يقصد به الأسباب الواقعية، وليس الأدلة الشرعية؛ لذا كان المثال الذي ضربته المجلة يتعلق بالأسباب الواقعية.
- وأما الفقهاء القانونيون المعاصرون، فثمة رأي يُرجع الضابط إلى كون الخطأ في تقدير الوقائع حصرا، وهذا ما مال إليه الفقه الفرنسي(٢)، والقانون السوداني من وجهة نظر بعض الباحثين(٣)، ولكن هذا الضابط لم يلتزم به المشرع المصري، فلا يمكن اعتبار قضاء الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه، هو من الأسباب المتعلقة بالوقائع؛ لأنه أمر مغاير للوقائع، وللأدلة القانونية على حد سواء، فالحكم القضائي رغم أنه يبنى على الأدلة الواقعية والقانونية إلا أنه ليس جزءا منهما، وبنفس المنطق لا يمكن اعتبار مناقضة الحكم بعضه بعضا من الأمور التي تدخل في الوقائع، ومن

---

(١) تفسير القرطبي: ج١١/ص٣١٣.

(٢) يقول الدكتور نبيل إسماعيل عمر «... التماس إعادة النظر يواجه في المقام الأول أخطاء القاضي في تقدير الوقائع، أما الطعن بالنقض - فكما هو معروف - يواجه الخطأ في تطبيق القانون...» الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص١١، ويقول ص٢٩٦ من ذات المرجع إن الفقه الفرنسي: «يعتبر أن القاضي الذي يحكم بما يطلبه الخصوم، وهو مدرك تمام الإدراك لهذا قد ارتكب مخالفة للقانون تبرر الطعن على هذا الحكم بطريق النقض؛ إذ لا فائدة في مثل هذه الحالة من العودة إلى ذات هذا القاضي...»».

(٣) انظر: حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١١٣، حيث يقول «يرفع ذلك الالتماس إلى المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم، بهدف معالجة ما يرد في ذلك الحكم من خطأ في تقدير الوقائع».

هنا يقول بعض الباحثين بحق[١]: «ورغم أن التماس إعادة النظر في القانون المصري هو بحسب الأصل طريق لمواجهة أخطاء في الواقع، فإن المشرع المصري في المادة (٢٤١) يجعل من أسباب الالتماس عيوبا لا تتعلق بتقدير الوقائع، وإنما تتعلق بخطأ في الإجراء، ويرى بعض شراح القانون المصري بشأن تلك العيوب المتعلقة بخطأ في الإجراء، أنه كان يكفي لمواجهة العيب اتباع طريق الطعن بالنقض، أو اتباع طريق الطعن بالاستئناف استثناء، لوقوع بطلان في الحكم وفقا للمادة (٢٢١)».

• وثمة فكرة أخرى تميل إلى ربط التماس إعادة النظر بأمور لو علمها القاضي لتغير تقديره، ولأصدر الحكم مغايرا لما صدر عليه أولا، وهي الأقرب إلى القانون المصري؛ فأسباب التماس إعادة النظر في القانون المصري يمكن تفسيرها بأنها جميعا من النوع الذي: لو علمه القاضي قبل الحكم لتغير تقديره، سواء تعلق السبب بالوقائع، أو بالكيفيات، وبيان ذلك كالآتي:

١. أن الغش، والتزوير، وشهادة الزور، والورقة القاطعة في الدعوى - بشروطها - إن طُعن بها أمام القاضي نفسه لتغير تقديره، وبالتالي حكمه، وهي أمور تتعلق بوقائع القضية.

ففي حالة التزوير نجد الدكتور نبيل إسماعيل عمر يستشهد بالضابط المذكور - وهو ما لو علمه القاضي لتغير تقديره - عند تبريره لكون التزوير أحد الأسباب المنطقية لالتماس إعادة النظر، فيقول: «بعد كشف التزوير بالطرق المحددة في القانون يتضح للجميع وجوب إعادة النظر في النزاع السابق حسمه. هذا الوجوب راجع إلى ظهور حقيقة جديدة **لو كان القاضي يعلمها** ما أصدر حكمه بالشكل الذي أصدره»[٢].

ويقول عن اكتشاف الورقة القاطعة في الدعوى: «... **لو أطلع عليها القاضي** قبل إصداره الحكم لأمكن أن يتغير تقديره بالنسبة لثبوت الوقائع»[٣].

ويقول عن ظهور الورقة المحجوبة: «... **لو كانت قد قدمت إلى المحكمة** قبل صدور الحكم المراد الطعن فيه لأمكن أن يتغير الوجه الذي أصدر به هذه[٤] الحكم»[٥].

---

(١) حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١١٥.

(٢) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص١٩٨ بند١٥٩.

(٣) السابق: ص٢٣٩ بند١٩٢.

(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «هذا».

(٥) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٢٥٥ بند٢٠٠.

٢. أن الحكم بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوا، والحكم المتناقض، والحكم على شخص غير ممثل تمثيلا صحيحا، أو الحكم على شخص ليس طرفا في الخصومة، ولم يدخل فيها، كل هذا إن نُبه إليه القاضي الذي أصدر الحكم لغير حكمه، وهو ليس من الوقائع.

وكان قانون المرافعات المصري قبل عام (١٩٨٦م) لا يدرج حالتين من الأسباب المذكورة آنفا في الطعن بالتماس إعادة النظر، وهما: الحكم على شخص غير ممثل تمثيلا صحيحا، والحكم على من ليس طرفا، ولم يدخل، أو يتدخل في الدعوى، بل كان لهما نوع آخر من الطعن اسمه (طعن الخارج عن الخصومة)، ثم في قانون المرافعات الصادر عام (١٩٨٦م) أدخلهما المشرع المصري في التماس إعادة النظر، وألغى طعن الخارج عن الخصومة[١]، ويبدو أن السبب في هذا التعديل هو أنهما يحققان نفس الضابط، رغم أنهما من ليسا من الوقائع.

قد يقال إن هذا الضابط منخرق بأن القانون المصري إذ لم يخرج حالة تعمد القاضي الحكم بما لم يطلبه الخصوم، وما شابهها، فهذا التعمد هو مخالفة صريحة للقانون، وطريق الطعن فيها هو النقض؛ لأنه خروج على مبدأ ثبات النزاع[٢]، ومبدأ سيادة الخصوم[٣]، ومبدأ احترام حقوق الدفاع[٤]، ولكن يُرد على ذلك بأنه لا توجد آلية قانونية لتبين نية القاضي وقصده، وهنا يلجأ المشرع إلى فتح طريق التماس إعادة النظر، بتغليب احتمال حسن الظن على احتمال المخالفة القانونية، ثم إذا رفض الطعن بالالتماس يمكن الطعن بالنقض؛ لوجود مخالفة قانونية.

اقتراح بإعمال الضابط ليشمل الوقائع والإجراءات وتكييف الأدلة القانونية:

تقترح الدراسة إعمال هذا الضابط الأخير - وهو ضابط ما لو علمه القاضي لغير حكم نفسه - ليشمل ظهور أي مما هو مقدم على ما استند إليه الحكم من أدلة ثبوتية، فالحكم القضائي يستند عادة إلى أدلة قانونية (تشريعية)، وأدلة واقعية، وقواعد حكمية، فأما الأدلة القانونية فالخلل فيها يؤدي إلى النقض، وأما ظهور شيء في الأدلة الواقعية داحض لما استند إليه الحكم، أو مقدم عليها، وكذا في القواعد الحكمية، فإنه يصلح سببا لالتماس إعادة النظر، وبالتالي يشمل الضابط الأنواع التالية:

- ظهور خلل في الأدلة الواقعية مؤثر في الحكم (كالغش والتزوير والمستند القاطع إلخ)

---

(١) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٢٦٤.

(٢) مبدأ ثبات النزاع يعني أن القاضي يقيد بعدم الخروج على موضوع النزاع، وطلبات الخصوم، بمعنى أن يظل النزاع ثابتا من حيث موضوعه، فلا يتطرق إلى ما ليس منه. انظر: السابق: ص٢٧٠.

(٣) مبدأ سيادة الخصوم يعني أن الخصوم هم الذين يحددون طلباتهم، ولا سلطة للقاضي في تغييرها. انظر: السابق: ص٢٩١.

(٤) مبدأ احترام حقوق الدفاع يعني أن يعطى الخصم الحق في إبراز دفوعه ضد كل ادعاء موجه من الخصم الآخر، انظر: السابق:٢٩٥ وما بعدها.

- ظهور خلل في الإجراءات الثبوتية كعدالة الشهادة التي بني الحكم عليها
- ظهور دليل واقعي قاطع ومباشر، أو ظهور كيفية قاطعة للوصول إلى ذلك الدليل
- ظهور كيفية للفصل الصحيح في القضية كانت خافية، وذلك في مثل القضايا المحتوية على مسائل حسابية معقدة، أو التي يطلب فيها حلولا توافقية مالية.

وهذه العناصر جميعها ينطبق عليها أنها إذا علمها القاضي تراجع عن حكمه، دون أن يقتصر ذلك على تزوير أو غش وقائع القضية، أو إجراءات ثبوتها فقط، بل يتعدى ذلك إلى مجال إيجاد أدلة واقعية، وحلولا حكمية جديدة.

وقد يؤيد ذلك ما ذكره السبكي في الأشباه والنظائر من أن: «العلم بعد الحكم بمقارنة ما يُقطع بتقديمه على مستند الحكم موجب لنقضه...»(١)، أي إن علم القاضي بعد الحكم بقرينة مقطوع بتقديمها على ما استند إليه الحكم يوجب نقض الحكم.

وقد يستأنس لذلك بأقضية ثابتة لنبي الله سليمان بن داود عليهما السلام وذلك كما يأتي:

- ما تقدم ذكره من حديث رسول الله ﷺ أنه قال: «بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما... »(٢) إلخ الحديث.

فحُكم داود ﷺ هنا هو الأخذ بالقرينة الوحيدة المتاحة آنذاك، والتي ربما تكون قرينة السن، أو كون الطفل كان في يد الكبرى(٣)، حيث لم يوجد دليل آخر يقدم عليه، وبالتالي الأصل هو أن يبقى الوضع على ما هو عليه، ولم يوجد صارف لهذا الأصل، فقضى به للكبرى، ولكن سليمان ﷺ اجتهد في إيجاد الدليل وصناعته، فالقاضي البارع هو الذي لا يتعامل فقط مع الأدلة المطروحة أمامه، بل يستطيع من خلال الوسائل المشروعة من استجواب الخصوم والشهود أن يكشف عن أدلة جديدة، ما كانت لتظهر لولا براعته في استنطاقهم، وهذا ما فعله سليمان ﷺ إذ استطاع الكشف عن عنصر جديد في تكييف القضية، وهو ما أتاح إعادة النظر؛ لأن القاضي الأول لو كان علم بوجود هذا العنصر لتغير وجه الحكم الذي أصدره.

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي: ص٤٠٢.

(٢) حديث صحيح، سبق تخريجه بهامش ٤ ص١٩١.

(٣) رفض القرطبي كون الكِبر قرينة حكم بها سليمان، فقال: «ولقد أبعد من قال: إنه كان من شرع داود أن يحكم به للكبرى من حيث هي كبرى؛ لأن الكبر والصغر طرد محض عند الدعاوى كالطول والقصر والسواد والبياض، وذلك لا يوجب ترجيح أحد المتداعيين، حتى يحكم له أو عليه لأجل ذلك. وهو مما يقطع به من فهم ما جاءت به الشرائع. والذي ينبغي أن يقال: إن داود ﷺ إنما قضى به للكبرى لسبب اقتضى عنده ترجيح قولها. ولم يذكر في الحديث تعيينه إذ لم تدع حاجة إليه، فيمكن أن الولد كان بيدها، وعلم عجز الأخرى عن إقامة البينة، فقضى به لها إبقاء لما كان على ما كان». تفسير القرطبي: ج١١/ص٣١٣.

وقد تقدم ذكر عبارة القرطبي التي أكد فيها أن ما حدث من سليمان ﷺ لا يعد نقضا بالمعنى المتبادر إلى الذهن، فقال: «ولا يكون ذلك من باب نقض الحكم الأول، لكن من باب تبدل الأحكام بحسب تبدل الأسباب. والله أعلم»(١)، فتبدل الحكم بتبدل السبب، أي بظهور دليل جديد دافع للأصل الذي بنى عليه داود ﷺ حكمه هو عين ما يحدث في التماس إعادة النظر، كما تبين آنفا.

- وفي قول الله ﷻ: ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۚ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ...﴾ (٢).

وقد ذُكر في تفسير ذلك أن زرعًا دخلت فيه غنم لقوم ليلا، فأكلته وأفسدته، فجاء المتخاصمون إلى داود ﷺ، وقصوا عليه القصة، فحكم بالغنم لصاحب الزرع عوضًا عن حرثه الذي أتلفته الغنم ليلا، فلما خرج الخصمان على سليمان ﷺ، وكان يجلس على الباب الذي يخرج منه الخصوم، وهو ابن إحدى عشرة سنة فسألهم: بم قضى بينكما نبي الله داود ﷺ؟ فلما علم أتى أباه، واقترح عليه أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث، فينتفع بألبانها وسمونها وأصوافها، وتدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة التالية رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه، فقال داود ﷺ: «وفقت يا بني، لا يقطع الله فهمك»، وقضى بما قضى به سليمان ﷺ(٣).

ففي هذا القضاء صدر حكم داود ﷺ بأن يأخذ الغنم عوضا عن الزرع الذي أتلف، وكان هذا غاية ما توصل إليه نبي الله داود ﷺ، فهو عقوبة لصاحب الغنم على عدم عقلها، وتعويض لصاحب الأرض عن زرعه، وبعد صدور الحكم، وقبل الشروع في تنفيذه عرضت القضية على نبي الله سليمان بن داود عليهما السلام فحكم بحكمه العبقري الذي لو كان علمه داود ﷺ لتغير وجه الحكم الأول.

وحل سليمان ﷺ هو حل أكثر صلاحا للخصوم، ففي حين الحل الأول يستوفي لصاحب الحرث حقه، إلا أنه يترك صاحب الغنم بلا عمل، فإن أمكن أن يوجد حل يستوفي للمضرور حقه، دون أن يؤذي الطرف الآخر فيقدم على مستند الحكم الأول.

ويبدو أنه لم يدر بخلد نبي الله داود ﷺ، وإلا لحكم به أولا، وقد أقر بذلك المعنى نبي الله داود ﷺ إذ قال: «وفقت يا بني، لا يقطع الله فهمك»، فيدل قوله على أنه لو كان علم بالتقدير الذي

---

(١) السابق: ج١١/ص٣١٤.

(٢) [الأنبياء: ٧٨ -٧٩]

(٣) انظر: تفسير القرطبي: ج١١/ص ٣٠٧، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق الدكتور عبد الرحمن عميرة، دار الوفاء، بيروت، د.ط - د.ت: ج٣/ص ٥٧٦.

توصل إليه سليمان عليه السلام لتغير حكمه، وهو نفس ما يقال في التماس إعادة النظر.

وقد أدرج عدد من الباحثين هذين القضائين من سليمان عليه السلام ضمن الأدلة التي تجيز الاستئناف، وأيدوا بهما وجهة نظرهم على مشروعية الاستئناف، وهو ما ستتعرض له الدراسة في حينه.

وبناء على ما تقدم، يحسن توسيع ضابط الأسباب التي يشرع لأجلها التماس إعادة النظر، ليشمل الوقائع، والإجراءات، وظهور أدلة جديدة، أو كيفية الحكم بها.

وقد يكون من ذلك ما جاء في قانون الإجراءات السوداني حين نص على أحوال إعادة النظر، وجعل من بينها «أسباب كافية وعادلة»، ففتح الباب لظهور أي أسباب تتعلق بالوقائع أو بالكيفيات(١).

غير أن الفقه القانوني المعاصر يميل إلى تضييق أسباب التماس إعادة النظر لا إلى توسيعها، بناء على أنه أمر يعارض انتهائية الأحكام؛ لأن الطعن بالتماس إعادة النظر بخلاف الأصل، فكان لابد أن يقتصر على أضيق نطاق، ولهذا السبب كان ينبغي حصر أسبابه.

---

(١) مع أن د. حيدر دفع الله يجعل أسباب الالتماس في القانون السوداني تتعلق بالوقائع حصرا، ولم يقدم دليلا على ذلك لاسيما أن القانون لفظه شديد العموم. انظر: درجات التقاضي: ص١١٣.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

اتفق كل من الفقه الإسلامي، والنظم القانونية الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على أنه كما ينقض الحكم القضائي بسبب خلل في أدلته الشرعية أو القانونية ينقض أيضا بسبب خلل يظهر في أدلته الواقعية، أو ما يشابه ذلك مما لو علمه القاضي الذي أصدر الحكم الأصلي لتغير حكمه وتقديره. وإن اختلفوا في تسمية ذلك، وفي ماهية المحكمة المخولة بالنظر فيه.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: الأسباب التفصيلية لالتماس إعادة النظر:

١- الفقه الإسلامي:

مصادر الفقه الإسلامي القديمة لم يوجد فيها – بحسب اطلاع الباحث – أسباب محددة لما يعرف بالتماس إعادة النظر، وإنما ذكرها بعض الفقهاء عن طريق ضرب الأمثلة لنقض الحكم بسبب خلل في السبب أو في الطريق التي أدت إليه.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

- مجلة الأحكام العدلية ذكرت أسباب ما يقابل التماس إعادة النظر ذكرا عاما، وهو البينة العادلة الصالحة، واكتفت واكتفى شارحها بضرب أمثلة لذلك.
- أما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم فقد ذكر سبع حالات لالتماس إعادة النظر، هي التزوير، والشهادة المزورة، والحصول على ورقة قاطعة بعد الحكم، والغش، والقضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه، وتناقض منطوق الحكم، والحكم الغيابي، وصدور الحكم على غير الممثل صحيحا.
- أما نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد فقد زاد على ذلك سببا آخر، وهو خاص بمن أدخل أو تدخل في الدعوى، وهو ليس من أطرافها. وللدقة التعبيرية لم يضف هذا السبب في فقرة ثامنة، وإنما في فقرة مستقلة تقابل السبع الأول؛ لأن هؤلاء يتناولون الخصوم، أما هذه فتتعلق بمن ليس طرفا في الدعوى.
- أما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فقد ذكر لالتماس إعادة النظر ثمانية أسباب هي تقريبا نفس ما ورد في نظام المرافعات السعودي الجديد باستثناء الحكم الغيابي.

- أما قانون الإجراءات المدنية السوداني فقد ذكر أربعة أحوال لالتماس إعادة النظر، منها الغش المؤثر، والبينة التي ظهرت بعد الحكم، وظهور خطأ بالمحضر، أما الحالة الرابعة فكانت عامة، وهي الأسباب الكافية العادلة.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

- قانون المرافعات المصري ذكر ثمانية أسباب لالتماس إعادة النظر، وهي تقريبا نفس الأسباب التي ذكرها قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، أي نفس أسباب الالتماس في النظام السعودي الجديد إذا استثنينا منه الحكم الغيابي.

الراجح:

يترجح تعميم الأسباب لتشمل أي دفع صالح قابل لدفع الحكم الأول، وهو ما جاء في مصادر الفقه القديمة، ومجلة الأحكام العدلية، وقانون الإجراءات المدنية السوداني.

الاختلاف الثاني: ضابط الأسباب المعتبرة لالتماس إعادة النظر:

١- **الفقه الإسلامي:**

تقرر آنفا أن الفقه الإسلامي لم ينص على أسباب تفصيلية لما يعادل التماس إعادة النظر، وإنما وجدت خطوط عريضة يمكن فهمها على أنها ضوابط لتلك الأسباب.

وهذه الضوابط هي:

- أن يكون الخلل في سبب الحكم (أي أدلته الواقعية) التي يكون ظهورها بعد الحكم مسببا لإعادة النظر.
- أن يكون الخلل في طريق الحكم، أو في الكيفية التي ثبتت بها الوقائع والبينات، مثل شهادة من لا تصح شهادته شرعا، فقد لا يكون الخلل في نفس الشهادة أو في نصها، ولكن لعدم عدالة الشاهد - مثلا - لا تقبل شهادته.

٢- **النظم القانونية الإسلامية:**

- أما مجلة الأحكام العدلية فتجعل الضابط في دفع الدفع، أو التماس إعادة النظر هو مجرد صلاحية الأسباب، أو أن يكون المستند معمولا به، والأسباب هنا هي الأسباب الواقعية.
- وأما قانون الإجراءات المدنية السوداني فقد ذكر في الحالة الرابعة من حالات التماس إعادة النظر حالة الأسباب الكافية العادلة، فصارت - مع كونها مجرد حالة رابعة - تشكل ضابط أسباب الالتماس بكونها أسبابا كافية عادلة.
- وترجح سابقا تأثر كل من نظام المرافعات السعودي واليمني بالقانون المصري في تحديد أسباب التماس إعادة النظر، فلابد أن كلا من النظامين قد تأسس على نفس الضوابط.

٣- في الفقه القانوني المعاصر:

في الفقه القانوني المعاصر يوجد – بحسب اطلاع الباحث – رأيان في الضابط الحاكم لأسباب التماس إعادة النظر، وهما:

- رأي يرى أن الضابط هو كون السبب يتعلق بالوقائع حصرا؛ فهذا ما مال إليه الفقه الفرنسي ، والقانون السوداني من وجهة نظر بعض الباحثين، لكن هذا الضابط لم يلتزم به المشرع المصري في مثل:
  - قضاء الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه، فهو أمر مغاير للأسباب الواقعية.
  - مناقضة الحكم بعضه بعضا فلا يدخل في الأمور الواقعية.
- ورأي يرى أن ضابط التماس إعادة النظر هو تعلق السبب بأمور (لو علمها القاضي لتغير تقديره، ولأصدر الحكم مغايرا لما صدر عليه أولا)، وهي الأقرب إلى القانون المصري.

الراجح:

يرجح أن يكون الضابط هو أن يكون السبب صالحا أي قاطعا، بحيث لو فرض أن القاضي علمه لتغير تقديره وحكمه، وأن يكتفى به ضابطا وسببا، ويستغنى عن ذكر الأسباب الكثيرة؛ لأنه يوجد حالات خارجة عنها يصح دفع الحكم فيها.

المبحث الثالث

إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر وآثاره

وفيه:

- المطلب الأول: إجراءات التماس إعادة النظر
- المطلب الثاني: آثار التماس إعادة النظر
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول
إجراءات التماس إعادة النظر

أولا: إجراءات التماس إعادة النظر في الفقه الإسلامي:

تقرر فيما سبق أن الطعن بالتماس إعادة النظر قد عرفته مصادر الفقه الإسلامي القديمة ضمن إطار النقض، وبعض الفقه أعطاه اسم الدفع بعد الحكم، غير أن الباحث لم يعثر في مصادر الفقه القديمة على تفاصيل شافية لإجراءات النقض، علاوة على أنه لم تكن هناك جهة موحدة لنقض الأحكام. وبناء على ذلك لم يتيسر للباحث العثور على تفصيلات كافية في مصادر الفقه القديمة لإجراءات التماس إعادة النظر.

ويبدو أن بعض الفقه المعاصر قد اتبع الأقدمين في دمجهم النقض والتماس إعادة النظر في باب واحد، كما جاء في كتاب نظام القضاء في الشريعة الإسلامية؛ حيث لم يناقش التماس إعادة النظر أصلا، ولم يذكر - بحسب اطلاع الباحث - دفع الحكم بعد الدعوى، ولا دفع الحكم للخطأ في أسبابه الواقعية، وقصر النقض على الأحكام المخالفة للكتاب والسنة والإجماع، وهو ما سار عليه كثير من المتقدمين؛ إذ يعدون مخالفة السبب الواقعي هو في الأساس مخالفة للنص والإجماع بمعناهما الواسع(١)، ولعل هذا ما يبرر أن كثيرا من المتقدمين لم يفصلوا بين الخطأ في الدليل الشرعي، والخطأ في الدليل الواقعي(٢)؛ حيث إن القاضي الذي يحكم بشهادة زور إنما حكمه خطأ لمخالفته دليلا شرعيا، وهو حرمة شهادة الزور، وكذلك تقرر في الفقه الوضعي الحديث صعوبة الفصل بين الواقع والدليل(٣).

وبعض آخر من الفقه الإسلامي المعاصر قد فصل النقض عن التماس إعادة النظر، فقد جاء في كتاب السلطة القضائية للدكتور نصر فريد واصل ذكر لالتماس إعادة النظر، فأصّل له في الشريعة الإسلامية، وقال عنه: «وفي نصوص فقهاء الشريعة الإسلامية، وما وقع من حوادث ما يدل على أن نظام القضاء الإسلامي عرف هذا النوع بأحكامه وأهدافه، والأسباب التي من أجلها أوجب

---

(١) انظر: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: ص٢٢٨ حيث جعل القاعدة الثالثة من قواعد النقض والإبرام: «ينقض الحكم المخالف للنص والإجماع».

(٢) انظر - مثلا - حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥١، حيث ضم مسألة الغش في كون الشاهد حرا عدلا، ضمن نواقض الحكم، حيث قال: «إذا حكم قاض باجتهاد أو تقليد فبان حكمه بمن لا تقبل شهادته كعبدين، أو خلاف نص من كتاب أو سنة أو نص مقلده أو إجماع أو قياس جلي...».

(٣) يقول الدكتور أحمد صاوي تحت عنوان «صعوبة التمييز بين الواقع والقانون»: «والتفرقة بين الواقع والقانون واحدة من أكثر مسائل القانون الإجرائي غموضا وصعوبة. ومما يزيد من صعوبة الأمر أن قضاء محكمة النقض الفرنسية والمصرية لا يقدم لنا معيارا لهذا التمييز...» الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية: ص١١٧١.

الفقهاء على القاضي العدول عن حكمه تستوعب جميع العيوب التي جعلتها النظم الوضعية سببا للطعن بالتماس إعادة النظر...»[١].

غير أنه اكتفى فقط ببحث مسألة مشروعية الطعن بالتماس إعادة النظر، ووجوده بمعناه ومفهومه لدى الفقهاء الأولين، دون أن يتعرض لإجراءات ذلك.

ومن هنا فلم يعثر الباحث في الفقه الإسلامي المعاصر على بحث يناقش إجراءات الطعن بالتماس إعادة النظر، بوصفه بابا مستقلا عن النقض.

ثانيا: إجراءات التماس إعادة النظر في بعض النظم القانونية الإسلامية:

لم تذكر مجلة الأحكام العدلية تفاصيل كثيرة في إجراءات الدفع بعد الحكم، ولم يوجد في المادة (١٨٤٠) التي عالجت ذلك الموضوع نص صريح أن رافع دعوى الدفع بعد الحكم يتوجه إلى المحكمة ذاتها، أو القاضي ذاته الذي أصدر الحكم، بل عممت المادة ذلك من خلال نصها على أن الدفع بعد الحكم يكون: «إذا بيَّن وقدم المحكوم عليه في دعوى سببا صالحا لدفع الدعوى، وادعى دفع الدعوى، وطلب إعادة المحاكمة يُسمع ادعاؤه...»، ويُلاحظ ابتناء الفعل الأخير «يُسمع» للمجهول، علاوة على عدم النص على أي جهة يتقدم إليها المحكوم عليه في هذا الصدد.

والمادة المذكورة قد بينت أيضا ضرورة تقديم سبب صالح لدفع الحكم، واشترطت ذلك لسماع الدعوى، أي لمجرد نظر الطعن. كما أن المحاكمة الجديدة تتولى فحص ذلك الدفع أثناء إعادة المحاكمة، وسماع المحكوم عليه «وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول، واندفعت دعوى المدعي»[٢]، بمعنى أنه ثمة حكمان:

- الأول: حكم بسماع الدعوى إن استندت إلى سبب صالح
- والآخر: حكم بقبول الدفع أو رفضه، أي نقض الحكم الأول أو تأييده، بحسب ثبوت صحة الطعن، وسلامة أسبابه، أو عدمها.

ويُلاحظ أن المجلة لا تعد ذلك الطعن بمثابة دعوى جديدة؛ بل تعدها مجرد دفع للدعوى الأصلية، فتسمي الطاعن مدعًى عليه، والمطعون عليه مدعيًا؛ حيث ورد في تلك المادة: «وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول، واندفعت دعوى المدعي»[٣]، ويقول الشارح مؤكدا المعنى ذاته: «فإذا ثبت دفعه يفسخ ويبطل الحكم الأول، ويمنع المدعي من معارضة المدعى عليه»[٤].

---

(١) السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، نصر فريد واصل: ص٢٦٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

وتناول نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم إجراءات التماس إعادة النظر، كما نظم مواعيده، وذلك في المادتين الثالثة والتسعين بعد المئة والرابعة والتسعين بعد المئة.

فحدد ميعاد الطعن بالالتماس، وهو ثلاثون يوما تحتسب بدايتها حسب كل حالة من أحواله كالآتي:

- بالنسبة للحالات الثلاث الأولى (وهي حالات التزوير، وظهور الأوراق القاطعة، والغش) فميعاد الطعن يبدأ من ثبوت علم الطاعن بالتزوير، أو بالقضاء به، ومن ظهور الغش[١].
- بالنسبة للأربع حالات المتبقية (وهي حالات الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه، أو مناقضة الحكم بعضه بعضا، أو الحكم الغيابي، أو صدوره على من لم يمثل تمثيلا صحيحا) فميعاد الطعن يبدأ من وقت الإبلاغ بالحكم[٢].
- أما حالة اعتبار الحكم حجة على من لم يُدخل أو يتدخل في الدعوى - وهي الحالة التي أضافها النظام الجديد - فالميعاد يبدأ فيها من تاريخ العلم بالحكم[٣].

أما الإجراءات فقد نُظمت كالآتي:

- أن الالتماس يرفع إلى محكمة التمييز، وليس إلى المحكمة التي أصدرت الحكم. وهذا الأمر قد تغير في نظام المرافعات السعودي الجديد، فصارت صحيفة الالتماس تودع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم، أو التي أيدته في حال تأييده من المحكمة العليا، أو محكمة الاستئناف[٤].
- أن صحيفة الالتماس ينبغي أن تشتمل على بيان الحكم المطعون فيه، وأسباب الالتماس[٥].
- أن محكمة التمييز تصدر قرارها بشأن قبول الالتماس أو رفضه، ثم في حالة قبوله تبعثه إلى المحكمة المختصة - أي التي أصدرت الحكم - للفصل في الموضوع من جديد، وهذا الأمر أيضا قد تغير في نظام المرافعات السعودي الجديد، فصارت المحكمة المرفوع إليها الالتماس - وهي التي أصدرت الحكم أو التي أيدته - هي التي تقرر قبول الالتماس أو عدمه، وفي حالة قبول الالتماس فإن المحكمة التي أصدرت الحكم أول مرة هي التي تتولى إعادة النظر في الموضوع[٦].

---

(١) انظر: م١٩٣ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٧٦؛ المبسط: ص٣٥٧ - ٣٥٧، المرجع: ص٤٩٢.
(٢) انظر: م١٩٣ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٧٦؛ المبسط: ص٣٥٥ - ٣٥٧، المرجع: ص٤٩٢.
(٣) انظر: م٢٠١ مرافعات سعودي جديد.
(٤) انظر: م١٩٤ مرافعات سعودي قديم، م٢٠٢ مرافعات سعودي جديد.
(٥) انظر: م١٩٤ مرافعات سعودي قديم، م٢٠٢ مرافعات سعودي جديد.
(٦) انظر: م١٩٤ مرافعات سعودي قديم، م٢٠٢ مرافعات سعودي جديد.

أما قانون الإجراءات المدنية السوداني فقد نظم المواعيد والإجراءات كالآتي:

- أما الميعاد الذي يقبل فيه طلب المراجعة فهو خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ إعلان الحكم، باستثناء حالة ظهور الغش فيمعاد الطلب يبدأ من ظهور الغش(١).
- وأما الإجراءات فتبدأ برفع طلب المراجعة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وتشمل - بالإضافة إلى البيانات العامة التي تتضمنها أي عريضة دعوى - بيان الحكم موضوع المراجعة، وتاريخه، وأسباب طلب المراجعة، ثم أجاز القانون للمحكمة قبول الطلب أو رفضه، وأجاز لها - في حالة قبوله - الفصل في الموضوع بمرافعة، أو بدون مرافعة(٢).

ثالثا: إجراءات التماس إعادة النظر في قانون المرافعات المصري:

نظم قانون المرافعات المصري إجراءات الالتماس تنظيما لا يختلف كثيرا عن النظام السعودي، فكانت كما يأتي:

أما ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر في قانون المرافعات المصري فهو أربعون يوما تبدأ كالآتي:

- في الحالات الأربع الأولى - وهي حالات الغش، والتزوير، وشهادة الزور، والأوراق المحجوبة - يبدأ الميعاد من يوم ثبوت كل حالة.
- في الحالتين الخامسة والسادسة - وهما الخاصتين بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر منه، وتناقض الحكم - فالميعاد يبدأ بحسب الأصل من تاريخ إعلان الحكم.
- في الحالة السابعة - وهي صدور الحكم على من لم يمثل تمثيلا صحيحا - يبدأ الميعاد من اليوم الذى يعلن فيه الحكم إليه.
- في الحالة الثامنة - وهي اعتبار الحكم حجة من لم يُدخل، أو يتدخل في الدعوى - يبدأ الميعاد من اليوم الذى ظهر فيه الغش، أو التواطؤ، أو الإهمال الجسيم(٣).

وأما الإجراءات فقد نظمها قانون المرافعات المصري كما يأتي:

- يرفع الالتماس أمام المحكمة التى أصدرت الحكم، ويجوز أن تؤلف محكمة الالتماس من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم(٤).

---

(١) انظر: م٢١٨ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) انظر: السابق: المادة نفسها.

(٣) انظر: ٢٤٢ مرافعات مصري، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٣٥ وما بعدها، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٩٨-٦٩٩.

(٤) انظر: م٢٤٣ مرافعات مصري.

- تشتمل صحيفة الالتماس على بيان الحكم الطعين، وتاريخه، وأسباب الالتماس، وإلا كانت باطلة.
- ويجب إيداع كفالة قدرها خمسون جنيها في أي من الحالتين السابعة والثامنة - أي حالة صدور الحكم على من لم يمثل تمثيلا صحيحا، وحالة اعتبار الحكم حجة على من لم يُدخل أو يتدخل في الدعوى.
- تحكم المحكمة أولا بقبول الالتماس أو عدمه، ثم تحدد جلسة للمرافعة فى الموضوع، كما يجوز لها أن تحكم فى قبول الالتماس، وفى الموضوع بحكم واحد(١).

---

(١) انظر: م٢٤٥ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٣٧؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٠١.

المطلب الثاني
آثار التماس إعادة النظر
الفرع الأول: آثار رفع الالتماس

أولا: آثار رفع الالتماس في الفقه الإسلامي:

تقرر أن الفقه الإسلامي القديم قد عرف المفهوم الخاص بالتماس إعادة النظر، ولم يعرف لفظه - بحسب ما اطلع عليه الباحث - وأنه أدرج حالاته ضمن النقض بمفهومه الواسع آنذاك، وبالتالي أجاز أن يكون لدى نفس القاضي أو غيره. أما بخصوص الآثار التي تترتب على الطعن بالتماس إعادة النظر - أو دفع الحكم بعد صدوره حسب مصطحات الأقدمين - فكانت هي نفس آثار الطعن بطريق النقض.

وأما الفقه الإسلامي المعاصر، فقد تقرر أن به اتجاهين، كالآتي:

- اتجاه لم يذكر التماس إعادة النظر ولم يؤصل له، فهو سائر على نهج الأقدمين في عدم الفصل بين الأدلة الشرعية والأدلة الواقعية في باب النقض، فآثار التماس إعادة النظر عند هذا الاتجاه تدرس ضمن آثار النقض.
- اتجاه آخر درس التماس إعادة النظر وأصل له، ولكن الباحث لم يعثر له على أي بحوث في مجال آثار الالتماس.

ثانيا: آثار رفع الالتماس في بعض النظم القانونية الإسلامية:

رغم أن مجلة الأحكام العدلية تحدثت عن وقف تنفيذ الحكم لأجل التمييز - أي الاستئناف - فإنها لم تصرح بإيقاف التنفيذ لنظر المحكمة طلب دفع الدعوى بعد صدور الحكم أو عدمه، وهي أيضا لم تصرح بإيقاف التنفيذ لأجل النقض كما تقرر في فصل النقض.

ونظام المرافعات الشرعية السعودي القديم قد صرح بأن رفع الالتماس بإعادة النظر لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم، إلا إذا رأت محكمة التمييز ذلك، ولم يوضح حالات إيقاف محكمة التمييز للتنفيذ، وإن كان ذلك يفهم أن ذلك متروك لاجتهاد القضاة، وأنه يكون في حالة حدوث ضرر جسيم من تنفيذ الحكم قبل نظر الالتماس(١).

وقد أكمل نظام المرافعات السعودي الجديد ذلك الخلل؛ إذ نص على أنه: «لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ، متى

---

(١) انظر: م١٩٢/٤ مرافعات سعودي قديم، المبسط: ص٣٤٦ - ٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠.

طلب ذلك، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، وللمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم ضمان، أو كفيل غارم مليء، أو تأمر بما تراه كفيلا بحفظ حق المعترض عليه»(١)، وبنفس المعنى تقريبا جاء قانون المرافعات والتنفيذ اليمني(٢).

ثالثا: آثار رفع الالتماس في قانون المرافعات المصري:

قانون المرافعات المصري يشبه في ذلك ما انتهى إليه النظام السعودي في مشروعه الجديد؛ إذ ينص على أنه: «لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة، أو تأمر بما تراه كفيلا صيانة لحق المطعون عليه»(٣).

وهناك أثر آخر لرفع صحيفة الالتماس، وإيداعها قلم الكتّاب، وهو منع رفع التماس آخر، وهو أمر محل خلاف في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، فجانب من الفقه الفرنسي يرى أن مجرد رفع التماس يسقط حق رفع التماس آخر في الحكم نفسه، ولو لم يصدر حكم في الالتماس الأول، لا بالقبول ولا بالرفض، ولا حكم في الموضوع(٤).

ويرى الدكتور نبيل إسماعيل عمر أن لا يوجد مانع من الناحية الفنية؛ لأن من رفع التماسا أول يستطيع التنازل عنه، وبالتالي يعد الالتماس الثاني هو الالتماس الوحيد طالما كان ذلك في إطار الموعد المقرر قانونا(٥).

---

(١) م٢٠٢ مرافعات سعودي جديد.

(٢) انظر: م٣٠٩ مرافعات يمني.

(٣) م٢٤٤ مرافعات مصري، وانظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٣٦.

(٤) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤١١-٤١٢.

(٥) انظر: السابق: الصفحات نفسها.

الفرع الثاني: آثار رفض الالتماس

ينبغي التفريق بين مصطلحين مهمين في هذا الصدد، وهما عدم قبول الالتماس شكلا، ورفضه موضوعا، فالأول يعني أن الطعن لم تتوافر فيه شروطه، كأن يقدم بعد انتهاء الموعد، أو تكون صحيفته غير مستوفاة بالبيانات المطلوبة[١]، أما الرفض موضوعا، فهو يتم بعد الحكم بقبول الطعن شكلا، والإقرار بأنه مستوف لكل شروطه، ثم تحكم المحكمة برفضه بناء على تقديرها لأدلته، فهو كما يقول بعض الباحثين[٢]: «حكم قطعي موضوعي منهى[٣] للنزاع، وبالتالي يقبل الطعن المباشر فيه...».

أولا: آثار رفض الالتماس في بعض النظم الإسلامية المعاصرة:

لم يرتب نظام المرافعات السعودي على عدم القبول الشكلي للالتماس أي آثار، ومعلوم أن الطاعن الذي يرفض طعنه لعدم استيفاء بيانات أو شروط لا يوجد ما يمنعه من إعادة رفع الطعن مرة أخرى، طالما أن الميعاد لم ينته، وطالما استوفى الشروط.

أما فيما يتعلق بالرفض بوصفه حكما موضوعيا، يرتب النظام السعودي على هذا الرفض ما يأتي:

- ألا يطعن في قرار المحكمة برفض الطعن بطريق الالتماس[٤]، وعلى ذلك أيضا نظام المرافعات السعودي الجديد[٥]، ويلاحظ أنه منع فقط من الطعن بطريق الالتماس، أما غير ذلك من صور الطعن فلم يمنعها، ويلاحظ أيضا أنه منع الطعن بالالتماس في قرار المحكمة برفض الالتماس، ولم يمنع الطعن بالالتماس في الحكم الأصلي.
- هذا، ولم يعثر الباحث على ما يفيد أن نظام المرافعات السعودي قد رتب أي غرامة مالية على الملتمس في حال صدور قرار المحكمة برفض الالتماس، ولم يوجد في نص النظام أي ذكر لمصادرة الكفالة التي قد تحكم بها المحكمة؛ لصيانة حق المعترض ضده من إيقاف التنفيذ، ويبدو أنه أمر متروك تقديره للقضاة.

---

(١) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠٠.

(٢) السابق: ص٤٠١.

(٣) كذا بالأصل، ولعل الصواب «منهٍ».

(٤) انظر: م١٩٥ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٨٦؛ المبسط: ص٣٥٧، المرجع: ص٤٩٤ - ٤٩٥.

(٥) انظر: م١/٢٠٤ مرافعات سعودي جديد.

- وثمة أثر آخر لرفض الطعن بالالتماس موضوعا، وهو جواز أن يطعن الملتمس في ذات الحكم بالتماس إعادة النظر بسبب جديد غير الذي طعن به أول مرة. وهذا قد نص عليه نظام المرافعات السعودي القديم(١) والجديد(٢).
- غير أن الحكم الجديد الذي يصدر في الموضوع الذي أعيد النظر فيه بناء على الالتماس لا يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر(٣)، وهو من آثار إعمال قاعدة «الالتماس بعد الالتماس لا يجوز» بحسب وصف الدكتور أحمد هندي(٤).

وقانون المرافعات اليمني قد رتب على عدم القبول شكلا مصادرة الأمانة التي يشترطها القانون، وهي خمسة الآف ريال إذا كان الحكم الطعين صادرا من محكمة ابتدائية، وعشرة آلاف ريال إذا كان صادرا من محكمة استئناف، وعشرون ألف ريال إذا كان صادرا من المحكمة العليا، وذلك خلافا لكل من النظام السعودي والقانون المصري(٥).

أما قرار المحكمة برفض الطعن موضوعا فقد رتب قانون المرافعات اليمني عليه ما يأتي:

- لا يجوز الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر، ولا بأي طريق آخر أيا كانت المحكمة التي أصدرته(٦)، وذلك خلافا للنظام السعودي الذي منع فقط الاعتراض عليه بالتماس إعادة النظر.
- الحكم بالغرامة، ومصادرة الأمانة، وتعويض الخصم(٧).

على أن قانون المرافعات اليمني لم يتعرض لإمكان الطعن في الحكم الأصلي بالالتماس لسبب آخر جديد.

ثانيا: أثار رفض الالتماس في قانون المرافعات المصري:

لم يرتب القانون المصري آثارا لعدم قبول الطعن شكلا، وقد قال بعض الباحثين(٨): «وعدم القبول لا يمنع من إعادة رفع الطعن في الميعاد بعد استيفاء المقتضى الذي حال دون قبوله لأول مرة».

أما رفض الالتماس موضوعا فقد رتب عليه القانون المصري ما يأتي:

---

(١) انظر: م١٩٥/٢ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٨٦، المبسط: ص٣٥٧، المرجع: ص٤٩٤.

(٢) انظر: م٢٠٤/٢ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: م١٩٥ مرافعات سعودي قديم.

(٤) انظر: أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية: ص٨٠.

(٥) انظر: م٣٠٧/٣ مرافعات يمني.

(٦) انظر: السابق: م٣١٣.

(٧) انظر: السابق: م٣١١.

(٨) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠٠.

- عدم جواز الطعن فى ذلك الحكم بالالتماس[١].
- فى الحالات الست الأولى - وهي حالات الغش، والتزوير، والأوراق المحجوبة، والقضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر منه، ومناقضة الحكم لبعضه بعضا - يحكم على الملتمس بغرامة، أما الحالتين الأخيرتين فيحكم بمصادرة الكفالة أو بعضها، كما يجوز فى جميع الأحوال الحكم بالتعويضات[٢].
- أن الحكم الأصلي لا يجوز الطعن فيه بالالتماس - ولو لسبب آخر - لا من نفس الملتمس الأول، ولا من خصمه إعمالا لقاعدة أن الالتماس بعد الالتماس لا يجوز[٣].

والحق أن هذه المسألة تستحق قدرا من التروي؛ لأن المشرع المصري قد رجح مصلحة أقل أولوية تتمثل في تحقيق انتهائية الأحكام، على مصلحة أكثر أولوية، وهي تحقيق العدالة؛ إذ قد يطعن طاعن بالتماس إعادة النظر بسبب مناقضة الحكم بعضه بعضا، فتحكم المحكمة برفض الالتماس، ثم يظهر سبب جديد - كالغش، أو التزوير، أو ظهور ورقة محجوبة - فيحرم من الطعن بهذا الطريق، فيؤدي ذلك إلى استقرار الحكم الظالم المبني على هذه الأسباب الوجيهة المقتضية لإعادة المحاكمة، وهو أمر مناف للعدالة.

والفقه القانوني المصري يبرر المنع من الطعن بالتماس إعادة النظر تكرارا بناء على سبب جديد، بقاعدة أن الطعن بعد الطعن بنفس الطريق لا يجوز، وفي ذلك يقول الدكتور نبيل إسماعيل عمر: «وفي غياب هذه القاعدة يتصور أن تتوالى الإلتماسات[٤] إلى غير حد عن ذات الحكم، كلما جد سبب ينفتح به ميعاد جديد للطعن»[٥]، ويؤكد هذا المعنى الدكتور أحمد السيد صاوي، ويقول إن: «أساس ذلك ضرورة تجنب الطعن الواحد حتى تستقر الأحكام»[٦].

بيد أن هذا المبرر لا ينتهض لمنع تكرار الطعن بنفس الطريق لسبب جديد، فتوالي الالتماسات إلى غير حد هو افتراض غير صحيح هاهنا؛ وإنما له حد أقصى بالأسباب الثمانية المنصوص عليها قانونا، كما لا يقال إن الغاية استقرار الأحكام؛ لأنه لا مصلحة في استقرار الأحكام الباطلة المشوبة بالغش، والتزوير، وما شابه ذلك، والحق أن تقرير ذلك قد يؤدي إلى استقرار الغش والتزوير، وليس إلى

---

(١) انظر: م٢٤٧ مرافعات مصري، أحمد أبو الوفا، المرافعات: ص٩٣٧؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٠٢.

(٢) انظر: مادة ٢٤٦ مرافعات مصري.

(٣) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠١.

(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الالتماسات».

(٥) السابق: ص٤٠٩.

(٦) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١٢٩.

مجرد استقرار الأحكام.

والطعن بسبب جديد هو ما رجحه القانون الفرنسي الحالي بحسب الدكتور نبيل إسماعيل عمر حيث قال: «والقاعدة في القانون الفرنسي الحالي هي أنه إذا طعن بالالتماس في حكم، ورفض الطعن، فيمكن إعادة الطعن بالالتماس مرة ثانية في الحكم الأصلي بناء على سبب جديد غير السبب الأول، بشرط قيام ميعاد الطعن بالنسبة لهذا السبب الجديد (مادة ٦٠٣ مرافعات فرنسي)»[١].

وقد أقر الدكتور نبيل إسماعيل عمر بافتقار المبرر الفقهي المصري للسند الفني، حيث قال عن قاعدة أن الطعن بعد الطعن لا يجوز: «وأساسها في الواقع يستند إلى اعتبارات عملية، وبالرغم من ذلك فهي تفتقد الأساس الفني، فسبب الالتماس الذي يظهر بعد الحكم برفض الالتماس الأول، وينفتح به ميعاد الطعن بهذا الطريق لا يحول فنيا دون إعادة الطعن بالالتماس مرة ثانية...»[٢].

«وعلى أية حال فالسياسة التشريعية في نطاق قاعدة لا يجوز الطعن بعد الطعن في ذات الحكم، وبذات الطريقة قد غلبت الإعتبارات[٣] العملية على الإعتبارات[٤] الفنية»[٥].

ويؤكد ذلك - صراحة - الدكتور أحمد السيد صاوي الذي يقول: «وموقف المشرع الفرنسي أولى بالاتباع؛ لأنه يقوم على اعتبارات العدالة، وهي تسمو بأي حال على الاعتبارات العملية...»[٦].

إذا تقرر ذلك فتوصي الدراسة القائمين على التشريع في مصر بتعديل ذلك القانون الذي يمنع من التماس إعادة النظر المكرر بناء على سبب جديد، وذلك تحقيقا للعدالة.

أما الاعتبارات العملية فيمكن علاجها بزيادة قيمة الغرامة والتعويض في حالة رفض الالتماس المكرر لعدم صحة ما استند إليه من أسباب، لئلا يتخذ ذلك ذريعة للعبث بنهائية الأحكام.

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠١-٤٠٢.
(٢) السابق: ص٤١٠؛ وانظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٣٨.
(٣) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الاعتبارات».
(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الاعتبارات».
(٥) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤١٠.
(٦) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١٣٠.

الفرع الثالث: آثار قبول الالتماس

أولا: آثار قبول الالتماس في الفقه والنظم القانونية الإسلامية:

أغلب الفقه الإسلامي - كما تقرر - لم يكن يضع حدا للدفع بعد الحكم، فقد ورد في البحر الرائق أن الدفع: «يصح قبل الحكم كما يصح بعده ودفع الدفع، ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقيل لا يسمع بعد ثلاث...»[١]، فالدفع بعد الحكم يصح إلى غير حد، وإن كان ثمة رأي آخر يرى أنه يحد بأقصى ثلاث مرات.

ومن تطبيقات ذلك ما ورد في كتاب إنباء الغمر من أنه قد: «أمر السلطان بعقد مجلس بسبب منازعة إبراهيم السفارى[٢] مع جهة الحرمين في جزيرة قاو من الصعيد، وكانت بيد مستحقي الحرمين، وشرف الدين السفارى مستأجرها منهم، ثم ادعى في سنة أربع وثمانين أنها وقف أبيه، وسأل في كتابة محضر، فسطر، ثم بطل، فلما كان في سنة ست وثلاثين بعد موت شرف الدين قام إبراهيم هذا - وهو صهره - فأكمل المحضر المذكور عند المالكي قبل السفر إلى آمد، وثبت، فلما عاد العسكر قام المستأجر على الأمراء إلى أن استمرت في يد مستحقي الوقف.

فلما كان في السنة الماضية سأل إبراهيم السفاري عقد مجلس، فرسم له عند كاتب السر، فحضر القضاة الأربعة، فحكم الحنفي بإبقاء الوقف في يد مستحقي الحرمين، وبإلغاء ما يخالف ذلك، فلما كان في شهر رجب هذه السنة أحضر إبراهيم محضرا من الصعيد فيه حكم قاض، هو بأن الجزيرة المذكورة اشتراها السفارى الكبير من بيت المال، ووقفها على ذريته، فنفذ ذلك الحنفي، وضمنه حكما بناه على حكم المالكي الأول.

---

(١) البحر الرائق: ج٧/ص٢٣١، وانظر: ج٧/ص٢٠٦، تنقيح الفتاوى: ج٢/ص٣٨.

(٢) لم يعثر له على ترجمة، وكذا شرف الدين السفاري المذكور لاحقا.

فقام في نقض ذلك زمّام الدور السلطانية[١] جوهر[٢] نيابة عن ناظر الحرمين، وأوصل القصة بالسلطان، وأوضح له تناقض الحنفي في المسألة، فرسم بعقد مجلس عنده، فعقد، فلما تبين له الحال قطع المستند الذي بيد إبراهيم بحضرة الحنفي وغيره، وأبقى الجزيرة المذكورة بيد مستحقي الحرمين»[٣].

ويستخلص من هذا النموذج ما يأتي:

- وقوع النقض لأمر يتعلق بالوقائع وثبوتها، وليس بالأدلة الشرعية أو القانونية التي بني عليها الحكم فقط، وهو عين ما عرف فيما بعد بالتماس إعادة النظر.
- أن القاضي الحنفي الذي حكم أولا بإبقاء الجزيرة بأيدي مستحقي الحرمين هو الذي طُعن لديه بالنقض، لوجود وثيقة (محضر) يثبت أحقية السفاري الكبير في الجزيرة؛ لكونه قد اشتراها من بيت المال، فنقض حكمه الأول، وحكم حكما مؤيدا لما ثبت في المحضر المذكور.
- وقوع الطعن في الحكم الأخير الصادر من القاضي الحنفي (أي الحكم في الالتماس) لدى السلطان، والطاعن هنا هو زمّام الدور السلطانية نيابة عن ناظر الحرمين، ويحتمل أن يكون في الأمر استغلال نفوذ من طرف مستحقي الحرمين، كما يحتمل أيضا أن يكون السفاريون قد استغلوا علاقاتهم بالقضاة في كتابة محضر يؤيد موقفهم، ويؤيد هذا الاحتمال محاولتهم الأولى التي باءت بالبطلان.

---

(١) منصب سياسي وإداري عثماني يقال له (ديوان الزمام) أو (ديوان الأزمّة)، وهو يتعلق بإدارة الأمور المالية في الدولة، ويقال لصاحبه (زمّام الدور السلطانية)، أو (زمام الآدر السلطانية)، وأحيانا يقال (زمام الدار)، ويرى بعض المؤرخين أنها تحريف للمصطلح التركي (زنان دار) أي حارس النساء، أو رئيس خصيان السراي، والأرجح أنها تعني مسئول دائرة المالية؛ لأنه في النص كان جوهر من حقه أن يطعن بنقض حكم ليس له تعلق بقصور الحريم. انظر: تكملة المعاجم العربية، تأليف رينهارت بيتر آن دُوزِي (ت١٣٠٠هـ)، ترجمة وتحقيق محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام العراقية، ط١، ٢٠٠٠م: ج٥/ص٣٥٣.

(٢) هو: صفي الدين جوهر السيفي، الطواشي، زمام الدور، خازندار السلطان (ت٨٤٤هـ)، كان من ضمن هدية داود بن سيف ملك الحبشة إلى الظاهر برقوق، فأنعم به على الأمير قنقباى اللالا، فرباه صغيرا، وأقرأه القرآن العظيم، ثم خدم من بعد قنقباي جماعة من الأمراء زماما لدورهم، حتى إستدعاه الأشرف برسباى، وجعله خازندارا، فلما مات الأشرف أضيفت إليه أزمة الدور، فباشر ذلك حتى مات، وكان عفيفا له بر وأفضال مع رصانة عقل، وجد من غير هزل، وكان مهابا يتلو القرآن بالسبع، ولما مات صلى عليه السلطان، ودفن بمدرسته بجوار الجامع الأزهر. انظر: السلوك لمعرفة دول الملوك: ج٧/ص٤٨٠.

(٣) أنباء الغمر: ج٤/ص٤٩.

- ومهما يكن من أمر، فقد عقد السلطان مجلسا عنده، وحكم فيه حكما لصالح مستحقي الحرمين.
- يستنتج من النموذج أيضا أن الحكم القضائي لم يكن وقتها يعرف البتية التي تجعل حكم النقض، أو التماس إعادة النظر لا يطعن فيه بأي سبيل، وهو يوافق ما توصلت إليه الدراسة من أن الفقه والنظم الإسلامية في مجملها لم تكن في صف بتية الأحكام القضائية مهما كانت درجة المحكمة التي أصدرتها.

ولكن ورد في شرح مجلة الأحكام العدلية أنه: «إذا ثبت دفعه يفسخ، ويبطل الحكم الأول، ويمنع المدعي من معارضة المدعى عليه»[(١)] ويفهم من ذلك أن القانون العثماني رتب آثارا على الحكم بقبول الالتماس وهي:

- فسخ الحكم الأول وبطلانه
- منع المدعي من معارضة المدعى عليه، وهذه توحي بنهائية الحكم.

ويبدو أن هنالك فارقا بين الحكم بقبول الالتماس، والحكم الجديد في موضوع القضية بعد إلغاء الحكم الأول، فأحيانا يكون الحكم الأول منتجا مباشرة للحكم الثاني، كما في المثال الذي ضربته مجلة الأحكام العدلية الذي فيه: «إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثة له من أبيه، وأثبت ذلك، ثم ظهر بعد الحكم سند معمول به بين أن أبا المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد[(٢)] تسمع دعوى ذي اليد، وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول، واندفعت دعوى المدعي»[(٣)].

فمجرد الحكم ببطلان الحكم الأول - وهو ثبوت ملكية المدعي للدار، ووجوب تسليمها إليه من قِبَل ذي اليد - لا تحتاج القضية إلى حكم موضوعي آخر، حيث يترتب على إلغاء الحكم الأول عودة الأصل، وهو ملكية ذي اليد للدار.

وأحيانا يكون الحكم بقبول الالتماس يتطلب إعادة الفصل في موضوع القضية بعد إلغاء الحكم الأول، مثل إلغاء الحكم في تعويض العامل عن الضرر الناجم عن فصله تعسفيا من عمله؛ لثبوت تزوير صاحب العمل فيما يتعلق بتقدير قيمة أجر المثل، فهنا إلغاء الحكم الأول بالتعويض يستلزم

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.
(٢) ذو اليد: سبق تعريفه ص ١٨٧ هامش ٢.
(٣) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٤٠ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٣.

إعادة نظر القضية بناء على الوقائع الصحيحة لتحديد قيمة التعويض المناسب، وهذا الضرب من الأحكام لم تتناوله مجلة الأحكام العدلية، ولم تذكر إلى أي محكمة تحال القضية في حال قبول الاعتراض بالدفع، لكي يحكم في القضية من جديد، ولم تشر إلى آثار ذلك الحكم، وهل يقبل الحكم الجديد في الموضوع الاعتراض بالدفع، وغير ذلك.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم فينص على أن التماس إعادة النظر يرفع لدى محكمة التمييز، وأن هذه المحكمة تقرر قبوله أو رفضه، ثم لا تحكم هي في موضوعه، بل تحيله إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، أو إلى غيرها، فتصدر الحكم في الموضوع.

وقد رتب النظام السعودي القديم على ذلك أثرا نصت عليه المادة الآتية: «القرار الذي يصدر برفض الالتماس، والحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله، لا يجوز الاعتراض على أيهما بالتماس إعادة النظر»(١)، وهذه المادة قد استبقاها نظام المرافعات الشرعية الجديد بنصها(٢).

وجاء في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ما يأتي: «إذا حكمت المحكمة التي أصدرت الحكم السابق في موضوع الدعوى بعد قبول الالتماس من محكمة التمييز فلا يجوز الاعتراض عليه بالتماس إعادة النظر مرة أخرى»(٣).

وبذلك يتأكد أن نظام المرافعات السعودي بنسخته القديمة والحالية ينص على عدم جواز الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة في الموضوع بعد قبول التماس إعادة النظر الأول.

أما عن جواز الطعن في تلك الأحكام الموضوعية بطرق الطعن الأخرى فينص النظام السعودي القديم على أن: «الحكم الذي يصدر من القاضي في موضوع الدعوى بعد قبول الالتماس من محكمة التمييز تطبق عليه تعليمات التمييز»(٤)، ومعنى ذلك أن الحكم يكون قابلا للاعتراض بالتمييز، وهو يقابل النقض والاستئناف كما تقرر.

أما نظام المرافعات السعودي الجديد فقد استثنى من ذلك ما إذا كان الحكم صادرا من المحكمة العليا، حيث لا يمكن في هذه الحالة الاعتراض بالنقض أو الاستئناف(٥).

ومعنى هذا أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى بناء على قبول الالتماس لا يجوز الاعتراض عليه بطريق التماس إعادة النظر، ويكون قابلا للاعتراض بالتمييز في نظام المرافعات السعودي القديم،

---

(١) م١٩٥ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٨٦؛ المبسط: ص٣٥٧، المرجع: ص٤٩٤.
(٢) انظر: م٢٠٤/١ مرافعات سعودي جديد.
(٣) ١٩٥/١ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٨٦؛ المبسط: ص٣٥٧، المرجع: ص٤٩٤.
(٤) ١٩٥/٤ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٨٦؛ المبسط: ص٣٥٧، المرجع: ص٤٩٤.
(٥) انظر: م٢٠٣ مرافعات سعودي جديد.

وقابلا للاعتراض بالنقض والاستئناف في نظام المرافعات الجديد، ما لم يكن صادرا من المحكمة العليا.

ويرتب قانون المرافعات اليمني آثارًا على الحكم في الموضوع الذي قُبل فيه التماس إعادة النظر، وهي:

١- أن يحل الحكم الصادر في الموضوع محل الحكم الأول[١]

٢- أن تُرد الأمانة إلى الملتمس إذا كان الحكم لصالحه ولو جزئيا[٢]، وقد تقرر آنفا أن القانون اليمني لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر إلا إذا أودع الملتمس مبلغا من المال على سبيل الأمانة؛ فيكون من المنطقي، وقد تبين صدقه في ادعائه، وتغير الحكم لصالحه بناء على طعنه بالالتماس أن ترد الأمانة إليه.

٣- جواز الطعن في الحكم الجديد بالنقض والاستئناف، إلا إذا كان صادرا من المحكمة العليا، فلا يجوز الطعن فيه مطلقا[٣]، وهو يشبه في ذلك النظام السعودي.

ثانيا: آثار قبول الالتماس في قانون المرفعات المصري:

الحكم بقبول الالتماس في الفقه القانوني المصري يعد «حكما قطعيا صادرا قبل الفصل في الموضوع، ولا تنتهي به الخصومة كلها، وبالتالي لا يقبل هذا الحكم الطعن المباشر عملا بالمادة (٢١٢) من قانون المرافعات»[٤].

ومن الآثار التي تترتب على الحكم بقبول الالتماس أن يزول الحكم المطعون فيه بالقدر الذي رفع بشأنه الالتماس، وهذا يعني أن تزول الآثار القانونية التي ترتبت على الحكم الأول؛ فترد المبالغ التي قد تكون دفعت من خصم لآخر بناء عليها، أو العقارات أو المنقولات؛ لأن قبول الالتماس معناه عودة الخصوم إلى مراكزهم القانونية التي كانوا عليها قبل صدور الحكم الطعين[٥].

---

(١) انظر: م٣١٢ مرافعات يمني.

(٢) انظر: السابق: المادة نفسها.

(٣) انظر: السابق: م٣١٣.

(٤) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠٤.

(٥) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠٥ - ٤٠٦؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٧٠٠-٧٠١.

أما الآثار المترتبة على الفصل في الموضوع بعد قبول الالتماس فهي أن الحكم لا يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر[١]، مع بقائه قابلا للاستئناف أو النقض إذا توافرت شروط أي منهما[٢].

---

(١) انظر: ٢٤٧ مرافعات مصري؛ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: ص٤٠٩.

(٢) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

اتفق كل من الفقه الإسلامي، والنظم القانونية الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على أن من آثار قبول التماس إعادة النظر إلغاء الحكم الصادر أولا في الموضوع، وعودة الخصوم إلى مواقفهم القانونية السابقة.

واتفقوا جميعا على أن التماس إعادة النظر - بغض النظر عن اسمه لدى كلٍ - الأصل فيه أنه لا يوقف نفاذ الحكم القضائي، مما يعني اتفاقهم على اتسامه بسمة من سمات طرق الطعن غير العادية.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: إجراءات التماس إعادة النظر:

١- الفقه الإسلامي:

مصادر الفقه الإسلامي القديمة عرفت التماس إعادة النظر ضمن إطار النقض، وتقرر آنفا أنه لم يُعثر في مصادر الفقه القديمة على تفاصيل كافية لإجراءات النقض، ونفس الشيء في التماس إعادة النظر.

أما الفقه المعاصر فقد انقسم في موضوع التماس إعادة النظر إلى قسمين:

- الأول: اتبع الأقدمين في دمجهم النقض والتماس إعادة النظر في باب واحد، ولم يبحث الإجراءات - بحسب اطلاع الباحث.
- الثاني: درس التماس إعادة النظر منفصلا عن النقض، لكنه - بحسب اطلاع الباحث - لم يتعرض للإجراءات.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

- دلت النصوص القليلة التي تعرضت للدفع بعد الحكم في مجلة الأحكام العدلية على أن الطاعن لابد أن يذكر سببا صالحا، أو يقدم مستندا معمولا به، وأنه يوجد ثمة حكمان:
  - الحكم الأول: قبول سماع دفعه (التماسه) وهو حكم شكلي
  - الثاني: الحكم في الدفع (الالتماس)، وهو حكم موضوعي.

ونظرا لأن مجلة الأحكام العدلية تعتبره دفعا، لا دعوى طعن جديدة، فلا تسمي الطاعن مدعياً في خصومة جديدة، بل هو مدعى عليه، وخصمه المطعون ضده يعد في فقه المجلة هو المدعي.

ولم تذكر المجلة هل يقدم الدفع لنفس المحكمة أم إلى غيرها، وإن كان من المترجح أنه لدى نفس القاضي مصدر الحكم المطعون فيه.

- أما في نظام المرافعات السعودي القديم فترفع دعوى الالتماس لدى محكمة التمييز فتحكم أولا بقبول الالتماس أو رفضه، فإن قبلته أحالت القضية إلى المحكمة الأصلية التي أصدرت الحكم لتعيد النظر في موضوعه.
- أما نظام المرافعات السعودي الجديد فنص على رفع الطعن إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو أيدته، ثم هي تحكم الحكم الأول بالقبول أو الرفض، وإن قبلت الالتماس تحكم هي أيضا في موضوعه من جديد.
- أما قانون الإجراءات المدنية السوداني ففيه أن رفع المراجعة (الالتماس) يكون إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وتتولى الفصل في قبوله أو رفضه شكليا، فإن قبلته تولت هي الفصل في موضوعه بمرافعة أو بغير مرافعة.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

تشابهت أكثر الإجراءات بين قانون المرافعات المصري والنظم الإسلامية السالف ذكرها، إلا في خلافات يسيرة حول المواعيد وغيرها.

الراجح:

أن بعض الأحكام الإجرائية – فيما لا نص شرعيا فيه – تعد من مسائل التنظيم المباحة التي يفرضها الحاكم بسلطان الدولة، وهو ما يسمى في الفقه القانوني المعاصر بالنظام العام، فالعبرة في كل ذلك تحقيق مصالح الرعية، بكفاءة وسرعة، ودون معارضة دليل شرعي خاص.

ولا مانع من أخذ التشريعات الإجرائية في مثل تلك الحالات المباحة من نظم غير إسلامية، طالما أنه لم يرد دليل يمنع من ذلك، وبالتالي لا مانع من استعارة ما لا يخالف الإسلام من المباح من النظم الإجرائية المتطورة، لاسيما أن أصحاب تلك النظم قد مروا بالتجارب، وبلغوا في سبيل تطويرها غاية المدى، أو كادوا، في وقت تأخر فيه المسلمون – لسبب أو آخر – عن ركب المدنية وتطورها، فليس من العقل أن نبدأ فيها من نقطة الصفر.

والراجح هنا أن يرفع الطعن إلى القاضي نفسه، أو إلى المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم المطعون فيه، لأن فكرة الالتماس أن قضيته لو عرضت على نفس القاضي لتغير تقديره.

الاختلاف الثاني: آثار رفع الالتماس:

١- النظم القانونية الإسلامية:

- مجلة الأحكام العدلية على الرغم من أنها تحدثت عن وقف تنفيذ الحكم لأجل التمييز – أي الاستئناف – فإنها لم تصرح بإيقاف التنفيذ لنظر المحكمة طلب دفع الدعوى بعد الحكم (الالتماس)، ويبدو أن الأصل فيه أنه لا يوقف تنفيذ الحكم شأنه شأن النقض.
- نظام المرافعات السعودي القديم قد صرح بأن رفع الالتماس بإعادة النظر لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم إلا إذا رأت محكمة التمييز ذلك، ولكنه لم يفصل تلك الحالات التي يوقف فيها التنفيذ استثنائيا، ثم أكمل نظام المرافعات الجديد ذلك الخلل، بالنص على خشية الضرر الجسيم، وما يتطلبه من ضمان أو كفيل.
- وبنفس المعنى تقريبا جاء قانون المرافعات والتنفيذ اليمني.

٢- قانون المرافعات المصري:

قانون المرافعات المصري يشبه في ذلك ما انتهى إليه النظام السعودي في مشروعه الجديد، بيد أن هناك – في القانون المصري – أثرا آخر لرفع صحيفة الالتماس، وهو منع رفع التماس آخر، وهو أمر محل خلاف في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري.

الاختلاف الثالث: آثار رفض الالتماس:

١- النظم القانونية الإسلامية:

- لم يرتب نظام المرافعات السعودي القديم على عدم القبول الشكلي للالتماس أي آثار، أما الرفض الموضوعي فرتب عليه ألا يطعن في قرار الرفض بطريق الالتماس، ولم يرتب على الرفض الموضوعي ما رتبه القانون المصري من عدم جواز الطعن في الحكم الأصلي بالالتماس لسبب آخر.
- وكذلك النظام الجديد للمرافعات السعودي لم يرتب على الرفض الشكلي أي آثار، أما الرفض الموضوعي فقد رتب عليه كذلك عدم الطعن عليه بطريق الالتماس، ولم يوجد – بحسب اطلاع الباحث – ما يفيد ترتب أي غرامة، أو مصادرة الكفالة، ويبدو أنه متروك للقضاة، ولم يرتب النظام السعودي على رفض الطعن منع أن يطعن الملتمس في الحكم الأصلي لسبب جديد.

- أما قانون المرافعات اليمني فقد ترتب فيه على الرفض الشكلي للالتماس مصادرة الأمانة، وترتب على الرفض الموضوعي ألا يجوز الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر، ولا بأي طريق آخر، والحكم بالغرامة، ومصادرة الأمانة، والتعويض إن رأت المحكمة ذلك، ولم يتعرض للالتماس في الحكم الأصلي لسبب جديد.

٢- **في الفقه القانوني المعاصر:**

لم يرتب القانون المصري أي آثار على رفض الطعن شكلا، أما الرفض موضوعا فقد رتب عليه عدم جواز الطعن فى ذلك الرفض بالالتماس، كما حكم بالغرامة في الست حالات الأولى، وفي الحالتين الأخيرتين حكم بمصادرة الكفالة، وإمكان التعويض، والذي انفرد به القانون المصري، وجافى فيه النظم الإسلامية، والقانون الفرنسي هو أنه رتب على الرفض عدم جواز الالتماس في الحكم الأصلي لسبب جديد.

الراجح:

يترجح أن الرفض الشكلي لا يؤثر، فالرفض الشكلي قد يكون لعدم استيفاء صحيفة الطعن لأي من البيانات المشترطة، أو عدم دفع الرسوم، فالمعقول هو عدم ترتب أي شيء.

أما الرفض الموضوعي فيترجح ترتيب الغرامة على الملتمس لتعطيل العدالة، ومصادرة الكفالة عند وقف تنفيذ الحكم، والحكم بالتعويض في حال تضرر الملتمس ضده، وأيضا لئلا يتخذ الالتماس وسيلة للتلاعب بحجية الأحكام.

ويترجح أيضا إمكان الطعن لسبب جديد؛ لأن الملتمس في حكم بزعم تناقضه لا يحرم مثلا من الطعن بسبب الغش، والملتمس بسبب التزوير قد تظهر له ورقة قاطعة، لا ذنب لكل من في هذه الحالات لأن يمنعوا من طريق تصحيح الحكم.

المقترح:

تعديل القانون اليمني لينص على عدم مصادرة الأمانة للرفض الشكلي.

تعديل القانون المصري لكي يهدم القاعدة غير العادلة التي تقول الالتماس بعد الالتماس لا يجوز، فلا يجعل من مترتبات الحكم برفض الطعن عدم جواز الطعن في الحكم الأصلي بالتماس جديد لسبب آخر غير الذي حكم فيه.

الاختلاف الرابع: آثار قبول الالتماس:

١- النظم القانونية الإسلامية:

- رتبت مجلة الأحكام العدلية آثارا على قبول دفع الحكم (الالتماس)، وهي أن يفسخ الحكم، وأن يمنع المدعي (الملتمس ضده) من معارضة المدعى عليه (الملتمس)، وهذه توحي بانتهائية الحكم، لكن المجلة لم تتناول مسألة الفصل مرة أخرى في الموضوع بعد نقض الحكم الأول؛ وذلك لأنها استعرضت صورة واحدة، وهي يكون الحكم فيها (في الالتماس والموضوع) واحدا.
- أما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم فرتب على قبول محكمة التمييز للالتماس أن تحيله إلى المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس فيه، وأن يكون قرار القبول والحكم الصادر في الموضوع لا يعترض على أيهما بالالتماس، وجعل الحكم الجديد قابلا للتمييز.
- وقد أقر نظام المرافعات السعودي الشرعية الجديد الإحالة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو أيدته، وأقر عدم جواز الاعتراض على قرار القبول أو الحكم الجديد بطريق الالتماس، وأقر جعل الحكم الجديد قابلا للطعن بالاستئناف إلا إذا صدر من المحكمة العليا، فهي - كما سبق - محصنة ضد أي طعن.
- أما قانون المرافعات اليمني فقد رتب على صدور الحكم الجديد في الموضوع آثارا مشابهة للنظام السعودي، وهي أن يحل الحكم الجديد محل الحكم الأول، وجواز الطعن في الحكم الجديد بالنقض أو الاستئناف، إلا إذا كان صادرا من المحكمة العليا، ورتب أثرا آخر وهو رد الأمانة إلى الملتمس.

٢- في قانون المرافعات المصري:

رتب قانون المرافعات المصري على الحكم بقبول الالتماس عدم جواز الطعن المباشر في القبول؛ لأنه حكم قطعي غير منهٍ للخصومة، ورتب زوال الحكم الطعين، وبالتالي عودة الخصوم إلى ما كانوا عليه، كما رتب على الفصل في الموضوع عدم جواز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر، مع بقائه قابلا لصور النقض الأخرى إن توافرت شروطها.

الراجح:

يُرجح أن الحكم بقبول الالتماس لا يمنع الالتماس مرة أخرى في الحكم الجديد لسبب آخر غير السبب الذي التُمس به من قبل؛ لأن في غلق الباب أمام مخالفة محتملة، أو خطأ ممكن هو تكريس للظلم، وتغليب للاعتبارات العملية على اعتبارات العدالة.

وقد يلاحظ فيما تم دراسته من نظم قانونية أنه قد اسُتقر على منع الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر في الموضوع بعد قبول التماس سابق، ميلا إلى عدم إطالة النزاعات، وقد ترجح في فصل النقض أمر مخالفة مفهوم البتية للأصول والمفاهيم الإسلامية، فإن الأصول نفسها توصل إلى النتيجة نفسها هنا أيضا، وذلك للاعتبارات الآتية:

- أن الفقهاء المسلمين عاملوا أمر النقض لمخالفة للأدلة الشرعية معاملة النقض لمخالفة للأدلة الواقعية الثابتة بالبينة، كلاهما منكر تجب إزالته شرعا، ونص الفقهاء علِى نقض الأحكام فيه، وكلاهما يصدق عليه وصف مخالفة الأصول المشروعة، وبالتالي فإنّ جَعل أي حكم غير قابل للطعن من جهة المخالفة للدليل الشرعي أو الواقعي فيه تثبيت للظلم.
- أن من الفقهاء من تحدثوا عن دفع الحكم، وتحدثوا عن دفع الدفع، ودفعه، وما زاد عليه وقالوا إن الرأي الصحيح هو عدم جواز توقفه عند حد، مثل:
  - ما ورد في تنقيح الفتاوى سؤال عن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها الشرعية فهل لا تنقض ولا تعاد؟، فأجاب: «نعم لا تنقض، ولا تعاد» فعقب قائلا: «ليس هذا على إطلاقه، بل هذا حيث لم يزد المدعي على ما صدر منه أولا، أما لو جاء بدفع صحيح، أو جاء ببينة بعد عجزه عنها فإنها تسمع دعواه، كما أوضحه العلامة الخير الرملي[(١)] في أواخر كتاب الدعوى من فتاواه، حيث قال في جواب سؤال ما نصه: ينظر في دعوى المدعي، إن كان أتى بها مع دفع أقام عليه بينة تسمع، ويقبل منه الدفع، وكذلك لو منع الخصم من التعرض له لعدم بينة قامت منه على خصمه، ثم أتى بها تسمع، وإن لم يكن كذلك لا تسمع دعواه؛ حيث لم يزد على ما صدر منه أولا، وهو مقصود العلماء في قولهم لا تستأنف الدعوى» إلى أن قال: «قال مشايخنا في كتبهم كالذخيرة وغيرها كما يصح الدفع يصح دفع الدفع، وكذا يصح دفع دفع الدفع، وما زاد عليه يصح، وهو المختار، وكما يصح قبل إقامة البينة يصح بعدها، وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعد الحكم»[(٢)]

---

(١) هو: خير الدين بن أحمد بن علي، الأيوبي، العليمي، الفاروقي الرملي الحنفي (ت١٠٨١هـ)، فقيه وباحث وناظم. يعرف بالرملي نسبة إلى الرملة بفلسطين، حيث ولد ومات فيها. رحل إلى مصر ١٠٠٧هـ، فمكث في الازهر ست سنين وعاد إلى بلده، فأفتى ودرس إلى أن توفي، ومن أشهر كتبه (الفتاوي الخيرية) و(مظهر الحقائق حاشية على البحر الرائق) في فقه الحنفية، و(ديوان شعر) وغير ذلك. انظر: الأعلام للزركلي: ج٢ ص٣٢٧.

(٢) تنقيح الفتاوى: ج٢/ص٣٨.

فالصواب عندهم إذن هو فتح الباب بلا حدود لدفع الدعوى؛ طالما جاء الطاعن ببينة قاطعة صحيحة على أن الحكم مستحق للنقض والدفع.

- ومن ذلك ما ورد في البحر الرائق: «وفي البزازية الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة التي اتفقت الأئمة على فسادها صحيح في الأصح، وقيل الدفع أيضا فاسد؛ لأنه مبني على فاسد، والبناء على الفاسد فاسد، وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا، وكذا يصح قبل الحكم، كما يصح بعده، ودفع الدفع، ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقيل لا يسمع بعد ثلاث...»[١].

- أن أمر الغش والتزوير وتلبيس الخصوم على بعضهم بعضا هو أمر قابل للحدوث والتكرار مهما كانت مهارة القاضي وخبرته، فمتى استطاع الخصم المغشوش في حكمه إقامة بينة قاطعة بذلك في أي مرحلة لابد أن يفسح الطريق لسماع دعواه، ويكفي أن النبي ﷺ قد أقر أنه بوصفه بشرا قد ينطلي بعض لحن الخصوم عليه بشكل مؤثر في الحكم[٢]، وهو المؤيد بالوحي، وهو ﷺ القاضي الأعلى من بين قضاة البشر.
- أن حرص المشرعين على نهائية المنازعات، وعدم تأبيدها ينبغي أن يقف عند حدود ما ثبت بالبينة القاطعة المجمع عليها، فما خالف هذا النوع من البينة، ففتح الباب للطعن فيه ونقضه يعد أهم من كل مبدأ قانوني أو تشريعي آخر يؤسس لنهائية الأحكام؛ حيث لا قيمة تعلو على المجمع عليه من الشرع الشريف، ولا معنى لاستقرار الأحكام ونهائيتها مع إهدار هذه القيمة.

على أنه يمكن علاج التلاعب بالطعن أو اتخاذه وسيلة للتلاعب بحجية الأحكام عن طريق التشديد في الغرامات على الطعن المتكرر في حالة ثبوت عدم صحة مستنده، وفي حالة ثبوت تعمد إضاعة الوقت وتعطيل الأحكام.

المقترح:

أن يعدل قانون المرافعات المصري، ونظام المرافعات السعودي، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات السوداني بما لا يمنع الطعن بالالتماس في الحكم الصادر في موضوع ملتمس فيه من قبل إذا كان الالتماس لسبب جديد.

---

(١) البحر الرائق: ج٧/ص٢٣١، وانظر: ج٧/ص٢٠٦.

(٢) انظر: حديث: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صدق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها». حديث صحيح. سبق تخريجه بهامش ١ ص١٥.

الفصل الثالث

الطعن بطريق المعارضة

وفيه ما يأتي:

- تمهيد حول مصطلح المعارضة
- المبحث الأول: مفهوم الحكم الغيابي ومشروعيته
- المبحث الثاني: نفاذ الحكم الغيابي وطريق الطعن فيه
- المبحث الثالث: إجراءات الطعن في الحكم الغيابي وآثاره.

تمهيد
حول مصطلح المعارضة

وفيه:

- أولا: مصطلح المعارضة في اللغة
- ثانيا: مصطلح المعارضة وما يقابله في الفقه الإسلامي
- ثالثا: مصطلح المعارضة وما يقابله في النظم القانونية الإسلامية
- رابعا: مصطلح المعارضة في القانون المصري
- خامسا: المناقشة والترجيح.

أولا: مصطلح المعارضة في اللغة العربية

لفظ (المعارضة) في اللغة العربية على وزن (مفاعلة) من مادة (ع رض)، وهذه المادة أبرز دلالاتها الظهور، أو الإظهار، فقد جاء في الصحاح: «عرض له أمر كذا يعرض، أي ظهر، وعرضت عليه أمر كذا، وعرضت له الشئ، أي أظهرته له، وأبرزته إليه»(١)، وجاء في المحكم والمحيط الأعظم: «وعرض الشيء عليه، يعرضه عرضا: أراه إياه»(٢)، وفي المعجم الوسيط: «عرض الشيءُ عرضا، وعروضا ظهر وأشرف»(٣).

على أن أكثر دلالة مشتقات هذه المادة هي في الظهور الذي يلفت الإنسان، ويصرفه عما هو فيه، فقد ورد في تهذيب اللغة: «وكل مانع منعك من شغل وغيره من الأمراض فهو عارض، وقد عرض عارض، أي حال حائل، ومنع مانع»(٤)، ومنه قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا...﴾(٥)، فهو يعني: «لا تجعلوا الحلف بالله معترضا مانعا لكم أن تبروا، فجعل العرضة بمعنى المعترض»(٦)، ومنه أيضا قول عمرو بن كلثوم في معلقته:

«وأعرضت اليمامة واشمخرت	***	كأسياف بأيدي مصلتينا»(٧).

فقد جاء في الصحاح أن معنى (أعرضت) في هذا البيت: «أي لاحت جبالها للناظر إليها عارضة»(٨).

ومن ذلك لفظ الاعتراض، فيقال: «اعترض الشئُ: صار عارضا، كالخشبة المعترضة في النهر. يقال: اعترض الشئُ دون الشئ، أي حال دونه»(٩)، ومن ذلك أيضا التعرُّض، جاء في تاج العروس: «تعرض لي فلان بمكروه، أي تصدى»(١٠).

---

(١) الصحاح: مادة (ع ر ض) ج٣/ص١٠٨٢.
(٢) المحكم والمحيط الأعظم: مادة (ع ر ض) ج١/ص٣٩٤.
(٣) المعجم الوسيط: مادة (ع ر ض) ص٥٩٣.
(٤) تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي (ت٣٧٠هـ)، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م: مادة (ع ر ض) ج١/ص٢٨٩.
(٥) [البقرة: ٢٢٤]
(٦) تهذيب اللغة: مادة (ع ر ض) ج١/ص٢٨٨.
(٧) جمهرة أشعار العرب، لأبي زيد محمد بن أبي الخطاب القرشي (ت١٧٠هـ)، تحقيق علي محمد البجادي، دار نهضة مصر، القاهرة، د.ط-د.ت: ص٢٧٩.
(٨) الصحاح: مادة (ع ر ض) ج٣/ص١٠٨٤.
(٩) السابق: مادة (ع ر ض) الصفحة نفسها.
(١٠) تاج العروس: مادة (ع ر ض) ج١٨/ص٤١٨.

ويتميز الفعل (عارض يعارض) الذي مصدره (معارضة) بأنه يضيف إلى الاعتراض معنى زائدا، وهو أن المعترض ينافس الطرف الآخر المعترَض عليه، ويقدم شيئا بديلا لما أتي به ذلك المعترَض عليه، فيقال: «عارض الشيء بالشيء معارضة: قابله، وعارضت كتابي بكتابه أي قابلته، وفلان يعارضني أي يباريني»[١]، ويقال: «عارضته بمثل ما صنع: أي أتيت إليه بمثل ما أتى، وفعلت مثل ما فعل»[٢]، ويقال: «يقال عارضه في الشعر، وعارضه في السير»[٣].

ومن هنا غلب استخدام المعارضة في اللغة المعاصرة للدلالة على الاعتراض مع تقديم برنامج بديل للشيء المعترض عليه، فيقال: «عارض بعض النواب مشروع الحكومة... أحزاب المعارضة»[٤].

ثانيا: مصطلح المعارضة وما يقابله في الفقه الإسلامي

لم يثبت - بحسب اطلاع الباحث - وجود اصطلاح خاص للفظ (المعارضة) يقيد، أو يخصص، أو يغير المعنى اللغوي الثابت في المعاجم، ولكنهم استخدموه بمعناه اللغوي في الفقه وأصوله بصفة عامة، كما استخدموه في مجال القضاء، واستخدموه في مجال الطعن على الأحكام أيضا.

فمن استخدامه في الفقه بصفة عامة ما ورد في تفسير أحكام القرآن للجصاص[٥] في قول الله ﷻ: ﴿وَإِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِ...﴿٢٣﴾﴾[٦]، يقول الجصاص: «وقد كان النبي ﷺ منهم، تعلم اللغة العربية، وعنهم أخذ، فلم يعارضه منهم خطيب، ولا تكلفه شاعر، مع بذلهم الأموال والأنفس في توهين أمره، وإبطال حججه، وكانت معارضته

---

(١) لسان العرب: مادة (ع ر ض) ج٣١/ص٢٨٨٥، وانظر: تهذيب اللغة: مادة (ع ر ض) ج١/ص٢٩٤، تاج العروس: مادة (ع ر ض) ج١٨/ص٤١٩.

(٢) لسان العرب: مادة (ع ر ض) ج٣١/ ٢٨٩٦، وانظر: المحكم والمحيط الأعظم: مادة (ع ر ض) ج١/ص٣٩٤.

(٣) المعجم الوسيط: مادة (ع ر ض) ص٥٩٣.

(٤) معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر وآخرون، عالم الكتب، القاهرة، ط١، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م): مادة (ع ر ض) ج٢/ص١٤٨١

(٥) هو: أبو بكر أحمد بن علي، ولد في مدينة الرّي، عام (٣٠٥هـ)، وتوفي ببغداد عام (٣٧٠هـ)، ويعرف بالرازي الجصاص. نشأ الجصاص، وترعرع في مدينة الرَّي حتى بلغ عشرين عاما، ثم رحل إلى عاصمة الخلافة الإسلامية بغداد، وحكى عنه الذهبي أنه «كان صاحب حديث ورحلة» تفقه على أبي سهل الزجاجي، وأشهر مؤلفاته (أحكام القرآن)، و(الفصول في علم الأصول) انظر: تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني (ت٨٧٩هـ)، تحقيق محمد خير يوسف، دار القلم، دمشق، ط١، (١٤١٣هـ-١٩٩٢م): ج١/ص٩٦-٩٧، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد محيي الدين أبي الوفاء القرشي الحنفي (ت٧٧٥هـ)، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، ط٢، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م): ج٤/ص٢١٠-٢٢٣.

(٦) [البقرة:٢٣]

لو قدروا عليها أبلغ الأشياء في إبطال دعواه، وتفريق أصحابه عنه، فلما ظهر عجزهم عن معارضته دل ذلك على أنه من عند الله الذي لا يعجزه شيء»(١).

ومن أمثلة استخدامهم لفظ المعارضة في مجال القضاء ما ورد في المبسوط: «شهادة المرأة الواحدة حجة ضعيفة؛ لأنها شهادة ضرورية، فلا تكون حجة عند المعارضة والمزاحمة، ألا ترى أنه لو أقامت إحداهما رجلين، والأخرى امرأة واحدة لم تكن شهادة المرأة الواحدة حجة في معارضة شهادة رجلين؟»(٢)، وورد فيه أيضا: «وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه ؛ لأن الحجة إنما تقوم عليه إذ ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة»(٣)، ويلاحظ أنه استخدم الطعن والمعارضة هنا بمعنى الدفع أثناء المحاكمة، وقبل إصدار الحكم.

ومن أمثلة استخدام لفظ المعارضة في مجال الطعن في الحكم بعد صدوره قول السبكي: «إذا ثبتت القيمة، وحكم القاضي بحكم مستندا إليها، ثم ظهرت بينة معارضة لها لا يترتب عليها أثر، ولا تسمع»(٤)، ومنه ما ورد في المبسوط: «القضاء النافذ لا يجوز إبطاله بطريق المعارضة»(٥).

فكل ما سبق من الاستخدامات للفظ المعارضة هي استخدامات لغوية، ولا يوجد فيها ما يدل على تخصيصها باصطلاح معين.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن الآن هو ما المصطلح الذي استخدمه الفقهاء للطعن في الحكم الغيابي؟

لقد استخدم الفقهاء للتعبير عن طعن من كان غائبا بعد حضوره، وعلمه بالحكم الذي صدر غيابيا عليه عدة مصطلحات، مثل **بقائه على حجته، وإرجاء الحجة له، والدفع بعد الحكم.**

فبقاء الغائب على حجته يعني حقه في الطعن في الحكم، وحقه في إعادة المحاكمة، وإتاحة تقديمه للحجج التي تعزز موقفه، ومن أمثلة استخدام هذا المصطلح ما يأتي:

- ما ورد في حاشية الدسوقي من أن الغائب: «باق على حجته إذا قدم»(٦).

---

(١) أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي (ت٣٧٠هـ)، تحقيق محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ: ج١/ص٣٣.

(٢) المبسوط: ج١٠/ص٢١٧.

(٣) السابق: ج١٦/ص٦٣.

(٤) فتاوى السبكي، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، دار المعارف، د.ط-د.ت: ج٢/ص٤٣٩

(٥) المبسوط: ج١٦/ص١٥٧.

(٦) حاشية الدسوقي: ج٤/ص١٦٢-١٦٣.

- ما ورد في نهاية المحتاج من أن الغائب: «باق على حجته من إبداء قادح، أو رافع»[١]، أي له حق الطعن في الحكم الغيابي.

وأما إرجاء الحجة للغائب فهو بنفس معنى بقائه على حجته، فالإرجاء في اللغة هو التأجيل والتاخير، وهو مصدر من الفعل (أرجأ – يرجيء)، أو بتسهيل الهمزة (أرجى – يرجي)[٢]، فإرجاء الحجة للغائب معناه تأجيل حقه في تقديم دفوعه وحججه حين يقدم، أو يعلم بالحكم.

ومن أمثلة استخدام هذا المصطلح ما ورد في التبصرة حيث عقد فصلا بعنوان «إرجاء الحجة للغائب»[٣]، ومما جاء فيه: «وإرجاء الحجة مصرح به في أصولنا الواضحة»[٤].

أما الدفع بعد الحكم، فقد جعلته مجلة الأحكام العدلية يشتمل أيضا على ما يقابل الطعن في الحكم الغيابي، ولم تطلق له مصطلحا خاصا؛ فقد تحدثت المجلة عن الحكم الغيابي في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب السادس عشر المخصص للقضاء، وجاء ذلك الفصل في أربع مواد من (١٨٣٣) إلى (١٨٣٦)، وقد بينت المادة الأخيرة (١٨٣٦) حالة حضور المحكوم عليه غيابيا، ثم أحال الشارح تنظيم ذلك الطعن إلى المادة (١٨٤٠) الخاصة بالدفع بعد الحكم، حيث قال الشارح في شرح المادة (١٨٣٦): «إذا حضر المحكوم عليه غيابا إلى المحكمة، وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه، وتفصل على الوجه الموجب. انظر المادة (١٨٤٠)»[٥]، وهذه الإحالة إلى المادة (١٨٤٠) تعني أن الحكم الغيابي هو إحدى حالات الدفع بعد الحكم، وقد تبين في الفصل السابق أن ذلك يقابل التماس إعادة النظر في الاصطلاح القانوني المعاصر، مما يعني أن مجلة الأحكام العدلية لم تجعل للطعن في الحكم الغيابي مصطلحا خاصا.

---

(١) نهاية المحتاج: ج٨/ص٢٨٠؛ وانظر: البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٦٦-٣٦٧.

(٢) انظر: المحكم والمحيط الأعظم: ج٧/ص٥٤٦.

(٣) تبصرة الحكام: ج١/ص٩٩.

(٤) السابق: ج١/ص١٠٠، وانظر: شرح ميارة: ج١/ص٢٦٤-٢٦٥؛ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي (ت١٢٩٩هـ)، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١.

ثالثا: مصطلح المعارضة وما يقابله في النظم القانونية الإسلامية

كما ثبت عن مجلة الأحكام العدلية، فإن نظام المرافعات الشرعية السعودي - بإصداره القديم والجديد - لم يستخدم مصطلح المعارضة في الحكم الغيابي، وإنما أدرجه ضمن حالات التماس إعادة النظر، فقد جاء في النظام القديم أن من ضمن حالات التماس إعادة النظر: «إذا كان الحكم غيابيا»(١)، وجاءت نفس الحالة في نظام المرافعات الجديد(٢).

أما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات المدنية السوداني فلم يكن فيهما استخدام للمعارضة، لا باللفظ ولا بالمفهوم - في المواد المدنية والتجارية - لأن كلا منهما قد عد الحكم الصادر على الغائب بعد اتخاذ السبل لإعلامه هو بمثابة الحكم الحضوري، وبالتالي لا يحل له الطعن في الحكم الغيابي(٣).

رابعا: مصطلح المعارضة في القانون المصري

يعرف الدكتور أحمد السيد صاوي المعارضة قائلا: «المعارضة طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية، تهدف إلى سحب الحكم الذي صدر في غيبة المحكوم عليه، وإعادة النظر من جديد»(٤).

فالمعارضة في القانون المصري - بحسب الأصل - هي طريق الطعن العادي الذي يسلكه الخصم المحكوم عليه غيابيا، وذلك رغم أن المشرع المصري ألغاها في الدعاوى المدنية والتجارية، وأبقى عليها في الدعاوى الجنائية، والأحوال الشخصية.

وهذا المعنى قد أكده بعض الباحثين، حيث قال إن المعارضة: «تعد طريقا عاديا للطعن، رغم أن المشرع لم يعد يجيزها - كقاعدة عامة - بالنسبة لكافة الأحكام، بل تنص المادة (٣٨٥) المعدلة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢م بأنه لا تجوز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها»(٥).

---

(١) م١٩٢ مرافعات سعودي قديم.

(٢) انظر: م٢٠٠ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: م١١٦ مرافعات يمني، م٦١ إجراءات مدنية سوداني.

(٤) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦٠ بند٦١٦.

(٥) وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني: ص٧٢٢.

خامسا: المناقشة والترجيح

تبين فيما سبق أن مصطلح المعارضة لم يستخدم في الفقه الإسلامي للدلالة على الطعن في الحكم الغيابي حصرا، وأن عامة الفقهاء استخدموه بمعنى الاعتراض بصفة عامة، أو بمعنى الدفع، أو بمعنى الطعن، وأنهم استخدموا في للدلالة على طعن الغائب في الحكم الصادر ضده ألفاظا أخر، كالبقاء على حجته، أو إرجاء الحجة له، أو الدفع بعد الحكم.

كما تبين أن مصطلح المعارضة لم يوجد في أكثر النظم الإسلامية - محل الدراسة - وأنه هو المصطلح المتخذ من قبل الفقه والقانون المصري، وإذا كان ذلك كذلك فلابد من الترجيح لاختيار المصطلح الذي ستسير عليه الدراسة.

يبدو أن مصطلح المعارضة تؤيده الدلالة اللغوية؛ لأن المعارضة - كما تقدم - تحمل معنى زائدا على مجرد الاعتراض، وهو إيجاد بديل مواز أو مقابل للشيء المعارَض، ومن ذلك وردت المعارضة في السير، والمعارضة في الشعر، والمعارضة السياسية، ففي مجال القضاء يكون الطاعن في الحكم الغيابي يريد إيجاد محاكمة بديلة، وحكما آخر في مقابل الذي صدر أولا، دون أن يدعي إبطال الحكم الأول - بدءا - أو وجود خلل في أدلته القانونية أو الواقعية.

وسيتعرض هذا الفصل للخلاف حول ضرورة تشبث المحكوم عليه غيابيا بدفع صالح لسماع دعوى الطعن منه، والخلاف حول كون هذا الطعن طريقا عاديا أم غير عادي في الطعن على الأحكام، لكن بغض النظر عن ذلك الخلاف، يتقرر هاهنا رجحان إطلاق مصطلح المعارضة بوصفه طريقا مختلفا عما سبقت دراسته من الطعن بالنقض، والطعن بالتماس إعادة النظر.

فالطعن بالمعارضة يختلف عن النقض في أن المعارضة حق للطاعن في تقديم حججه ودفوعه، وسماع ما كان قدمه الخصم من بينات، في حين أن النقض يتقدم الطاعن بأسباب محددة محصورة يدعي توافرها في الحكم الصادر ضده، وبالتالي يطلب نقضه.

والمعارضة تختلف كذلك عن التماس إعادة النظر في أن إعادة النظر يشترط لسالك طريقها أن يقدم البينة على وجود خلل معين في الأدلة الواقعية للحكم، أما المعارِض فيطلب إعادة المحاكمة كلها بأدلتها الواقعية والقانونية في مواجهته.

وسيتبين في هذا الفصل كيف ضَم بعضُ الأنظمة المعارضةَ إلى التماس إعادة النظر، وجعل كون الحكم غيابيا هو سبب من أسباب الالتماس، وأن ذلك لا يعارض استخدام مصطلح المعارضة، بل يؤكده.

المبحث الأول
مفهوم الحكم الغيابي ومشروعيته

وفيه:

- المطلب الأول: تعريف الحكم الغيابي
- المطلب الثاني: مشروعية الحكم الغيابي
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.



المطلب الأول
تعريف الحكم الغيابي

لقد أقر الفقه الإسلامي منذ فترة مبكرة تخصيص القضاء بالمكان، بوصف القضاء عملا يستند إلى ولاية نيابية، فالحاكم العام عندما يولي قاضيا، فإن الولاية لا تصح إلا بعقد، والعقد لابد أن يذكر فيه بوضوحٍ الحدود المكانية التي يتولى فيها القاضي[(١)]، بحيث لا ينفذ حكم القاضي في أي مكان آخر غير الذي وُلي فيه، كما قال القرافي في الذخيرة: «إن التصرف إنما يستفاد من الولاية، فإن ولي معينا، أو بلدا معينا كان معزولا عما عداه، لا ينفذ فيه حكمه، وقاله الأئمة، وما علمت فيه خلافا»[(٢)].

كما عرف الفقه الإسلامي منذ فترة مبكرة أيضا (كتاب القاضي إلى القاضي) بشأن ما إذا كان أحد أطراف الدعوى خارج حدود ولاية القاضي الكاتب، وفي حدود ولاية القاضي المكتوب إليه[(٣)]، غير أن الفقهاء تناولوا ذلك بوصفه إجراءً جوازيًّا، لا بوصفه إجراء حتميًّا يُفرض فرضا بسلطان أولي الأمر، أو ما يعرف بقوة النظام العام في القانون المعاصر، فربما يبرر لذلك أنهم كانوا قديما ينتهجون المنهج الترجيحي لا المنهج القانوني في القضاء، ولو أنهم انتهجوا المنهج القانوني في مسألة كتابة القاضي إلى القاضي بشأن الدعاوى الغيابية لأمكن أن نتصور تقدما غير مسبوق في الفقه المتعلق بالأحكام على الغائب.

ومن الأمور التي كانت تحتاج أيضا إلى نظام عام يفرض فرضا من قِبل الدولة بما لها من سلطان، أمر مكان الدعوى - في حال اختلاف بلد الخصوم - هل ترفع ببلد المدعي أم ببلد المدعى عليه، فلا معنى لترك هذه المسألة لترجيح القضاة، ومن المحتمل جدا أن يختلفوا، وبالتالي تتعطل مصالح الناس، أو تضيع؛ لأن المدعي قد يرفع الدعوى في بلده، فيصادف قاضيها قد أخذ بترجيح رفع الدعوى ببلد المدعى عليه، فيسافر إلى بلد المدعى عليه، فيصادف قاضيها قد أخذ بالرأي الآخر، فقد ثبت خلافٌ بين الفقهاء فيما إذا «كان في البلدة قاضيان، كل واحد منهما في محلة على حدة، فوقعت الخصومة بين رجلين، أحدهما من محلة، والآخر من محلة أخرى، والمدعي يريد أن يخاصمه

---

(١) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي: ج١/ص٨٨-٨٩؛ الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٦٣-٦٦.

(٢) الذخيرة: ج٨/ص١١٠؛ الفروق: ج٤/ص٤٠.

(٣) انظر: المبسوط: ج١٦/ص٩٥-٩٦؛ المدونة: ج٤/ص٥٢١-٥٢٢؛ تبصرة الحكام: ج٢ ص٢٥-٢٦؛ الأم: ج٦/ص٢٢٨؛ الفروع: ج٦ ص٤٩٨؛ الفتاوى الكبرى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٠٨هـ-١٩٨٧م): ج٥/ص٥٦٧.

إلى قاضي محلته، والآخر يأبى ذلك، اختلف فيها أبو يوسف[١] ومحمد[٢]، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه»[٣].

والأصل في القضاء أن يكون بحضور الخصوم، ومواجهة بعضهم بعضا أمام القاضي، حتى يسمع طلباتهم، ودفوعهم، وردهم على بعضهم بعضا، فقد روي أن رسول الله ﷺ قال لعلي ﷺ: «إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر، فإنك تدري بما تقضي»[٤]، ولأجل علة سماع الخصوم ألحق الفقهاء بالغائب المفقود، والميت، والصبي والمجنون[٥]، ويعد هذا الأصل في الأنظمة الوضعية من مقتضيات مبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة بين الخصوم[٦].

هذا هو الأصل، ولكن قد يتغيب بعض الخصوم أو جميعهم، وقد لا يعلم أحدهم - أصلا - بوجود دعوى ضده، وقد يعلم أحد الخصوم، ثم يمتنع من الحضور في بعض الجلسات أو كلها. لقد تعرض الفقه، والنظم الإسلامية، والوضعية لذلك بالبيان والتنظيم، واختلفت التشريعات في ذلك، واختلف معها تعريف الحكم الغيابي، بحيث صار للحكم الحضوري والحكم الغيابي تعريف اصطلاحي مختلف من نظام إلى آخر.

لذا فعند إرادتنا تعريف الحكم الغيابي في الاصطلاح، لابد أن نسلم أن ثمة نوعين من الغياب:

---

(١) هو: أبو يوسف الإمام العلامة القاضي يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي (ت١٨٢هـ) صاحب أبي حنيفة ﷺ، سمع هشام بن عروة، وأبا إسحاق الشيباني، وعطاء بن السائب، وطبقتهم، وعنه محمد بن الحسن الفقيه، وأحمد بن حنبل، وآخرون، نشأ في طلب العلم، وكان أبوه فقيرا فكان أبو حنيفة يتعاهده، وساد عصره في العلم مع محمد بن الحسن رحمهما الله. انظر: تذكرة الحفاظ، أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي (ت٧٤٨هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط - د.ت: ج١/ص٢٩٤.

(٢) هو: محمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٧هـ) مولى لبني شيبان، حضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف، وصنف الكتب الكثيرة، ونشر علم أبي حنيفة، أثنى عليه الشافعي وغيره، ومات هو والكسائي بالري فقال الرشيد: دفنت الفقه والعربية بالري. انظر: طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي (ت٤٧٦هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، د.ط، ١٩٧٠م: ص١٣٦.

(٣) البحر الرائق: ج٧/ص١٩٣.

(٤) سنن الترمذي: محمد بن عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م): كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، برقم ١٣٣١، ج٣/ص٦٠٩، وقال عنه الترمذي: «حسن».

(٥) انظر: تحفة المحتاج للهيثمي: ج١٠/ص٣٠٠-٣٠١؛ الفتاوى الفقهية الكبرى، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي (ت٩٧٤هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ط، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م): ج٤/ص٣٠٨-٣٠٩؛ البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٩٧، حاشية الجمل: ج٥/ص٤١٥؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٩٨-٢٩٩.

(٦) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦١، حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١٣٤.

• الغياب الحقيقي: وهو لا يخرج عن المدلول اللغوي لمصطلح الغياب في اللغة، فيكون الغياب هو عدم حضور بعض الخصوم بعض الجلسات، لا بأنفسهم ولا بمن ينوب عنهم، فالغائب هنا يشمل الممتنع من الحضور برغم إعلامه، والمتواري في البلد، وهو قريب من مجلس القضاء، كما يشمل الغائب الذي لا يعلم عن أمر الدعوى شيئا.

• الغياب الاعتباري: ويعد المتصف به في اصطلاح نظام معين، أو لدى فقهاء معينين يملك - بحسب الأصل - حق المعارضة بعد علمه بالحكم، فأكثر النظم القانونية تعد الممتنع في حكم الحاضر، ولا تجعل له حق الطعن بالمعارضة، وبالتالي يصدق عليه أنه حكم عليه بحكم حضوري اعتباري، مع أنه يعد غائبا من الناحية اللغوية، فقد يتخلف المدعى عليه عن حضور جميع الجلسات فيعد غائبا من حيث المدلول الحقيقي، ورغم ذلك يعد الحكم الصادر ضده حكما حضوريا في بعض التشريعات، وفي بعض الظروف[١].

لذا فإن مصطلح الحكم الغيابي، والحكم الحضوري لابد أن يدرس على حدة في أي مذهب فقهي أو نظام قانوني، بناء على مفهوم الغياب والحضور المعتبرين في ذات المذهب أو القانون، وليس بناء على المدلول اللغوي لأي منهما، ويمكن الاستعانة في التعرف على ذلك إما بالنص - على اعتبار الحكم حضوريا أو غيابيا - وإما بالأثر، وهو إتاحة الطعن بالمعارضة، أو ما عرف في الفقه الإسلامي بـ «إبقاء الغائب على حجته».

ومن هنا سوف نتعرض الدراسة لتعريف مصطلح الحكم الغيابي في الفقه، والنظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري، على النحو الآتي:

أولا: الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي:

فقهاء المذهب الحنفي لا يجيزون إصدار الحكم لصالح الغائب أو عليه أصلا، جاء في البحر الرائق: «فالقضاء بلا خصم حاضر غير صحيح»[٢]، غير أنهم يستثنون من ذلك: الحكم على المستتر، أو الممتنع، فيجيزون الحكم عليه، فقد ورد في شرح مجلة الأحكام العدلية: «وقد قال جميع فقهاء الحنفية بجواز الحكم غيابا على الخصم المتواري»[٣]، وذلك بعد اتخاذ الإجراءات لمحاولة إعلامه وإحضاره،

---

(١) الحكم الغيابي في القانون المصري - مثلا - يقصد به الحكم الصادر على الخصم الذي لم يحضر هو أو ممثله جلسة واحدة على الأقل أمام المحكمة، ولا أمام الخبير، ولم يعلن بصحيفة الدعوى لشخصه، ولم يودع مذكرة بدفاعه، انظر: م٨٣ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٤٨؛ أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٩٠٠، حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص١٢٧.

(٢) البحر الرائق: ج٦/ص٢٨٠.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٧٧.

ويجعلونه حالة من حالات الضرورة[١] التي يجيزون فيها استثناء الحكم على المسخر - وهو «من ينصبه القاضي لسماع الدعوى على الغائب»[٢] - ويعد الشيخ علي حيدر شارح المجلة الحكم عليه حكما غيابيا، إذ يجعل له الحجة عندما يظهر[٣].

وأما المالكية فيقسمون الغيبة إلى ثلاثة أقسام: قريبة ومتوسطة وبعيدة، بيانها كالآتي:

١- النوع الأول: الغيبة القريبة:

لا يعلم عنهم خلافا في أن غائبها لا ترجى له الحجة[٤] - أي حق المعارضة - بعد اتخاذ كافة الإجراءات لإعلامه بالدعوى، أو محاولة إحضاره، أي إنهم يعدون الحكم عليه حضوريا اعتباريا، فقد جاء في البيان والتحصيل: أن الغيبة ثلاثة أقسام «أحدها غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة، فهذا يكتب إليه، ويعذر[٥] إليه في كل حق، فإما وكّل، وإما قدم، فإن لم يفعل حكم عليه... ولم يرج له حجة في شيء من ذلك»[٦].

٢- النوع الثاني: الغيبة المتوسطة:

وهناك خلاف حول إرجاء الحجة له أو لا[٧]، فابن الماجشون وسحنون يرون عدم إرجاء الحجة له، ولكن ورد في فتح العلي المالك: «والصواب إرجاء الحجة إذ قد لا يعرف الوكيل حجته، فإرجاء الحجة أحوط»[٨].

---

(١) وهي محصورة في أربع مسائل عند البحر الرائق: ج٧ ص١٩-٢٣، وفي حاشية ابن عابدين محصورة في خمس مسائل وهي «اشترى بالخيار فتوارى، اختفى المكفول له، حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن، جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب، الخامسة إذا توارى الخصم فالمتأخرون أن القاضي ينصب وكيلا...» ج٥/ص٤١٤-٤١٦.

(٢) السابق: ج٥/ص٤٠٩-٤١٢.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١-٦٨٣.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨٠-١٨٢؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٥١-١٥٢؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧٢.

(٥) الإعذار لغة هو التماس العذر، وفي الاصطلاح الفقهي يدل على أن القاضي التمس للمحكوم عليه كل عذر حتى لم تعد له حجة، أو سأله: «أبقيت لك حجة؟»، وهو إجراء يتخذه القاضي قبل الحكم على أحد، وبالنسبة للغائب يعذر إليه بالكتابة بما يمثل إنذارا بأنه سيحكم عليه، وقد يُشهد شهودا بأن عليه الحق، ولا عذر له، ويسمى الشهود حينئذ بشهود الإعذار. انظر: الفروق: ج٤/ص٧٦-١٣٠؛ تبصرة الحكام: ج١/ص١٩٤-١٩٥؛ شرح ميارة: ج١/ص٤٠-٤١؛ المعجم الوسيط: ص٥٩٠.

(٦) البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨١.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨١؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٥١-١٥٢؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧٢؛ فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

(٨) السابق: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

٣- النوع الثالث: الغيبة المنقطعة:

وهو ترجى له الحجة قولا واحدا[(١)]، جاء في البيان والتحصيل: «والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من إفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان، فهذا يحكم عليه في كل شيء.... وترجى له الحجة في ذلك»[(٢)].

وأما الشافعية والحنابلة فيرون أن الغائب الذي ترجى له الحجة بعد الحكم، أي يحق له الطعن بمعارضة الحكم الغيابي، هو:

١- كل بعيد عن البلد (ويلتحق بذلك كل خارج عن ولاية القاضي وإن كان قريبا)

٢- وكل ممتنع أو متوار عن مجلس القضاء.

فقد جاء في حاشية الجمل: «الغائب الذي تسمع الحجة عليه، ويحكم عليه من فوق مسافة عدوى[(٣)]... من توارى، أو تعزز، وعجز القاضي عن إحضاره؛ لتعذر الوصول إليه... ولو سمع حجة على غائب، فقدم قبل الحكم لم تُعد... وأما بعد الحكم، فهو على حجته بالأداء، والإبراء، والجرح»[(٤)]، وجاء في كشاف القناع: «ثم إذا قدم الغائب، وبلغ الصغير ورشد، وأفاق المجنون، وظهر المستتر فهم على حججهم»[(٥)]، ومعنى هذا أن الممتنع، والفار، والمتواري لهم حق المعارضة، ويعد الحكم الصادر في حقهم غيابيا عند الشافعية والحنابلة.

ثانيا: الحكم الغيابي في بعض النظم الإسلامية:

في النظم القانونية الإسلامية اكتسب الحكم الغيابي مفهوما معينا محددا؛ حيث نصت عليه القوانين، فلم تترك مجالا للاجتهادات، أو الترجيحات المختلفة.

فنظام المرافعات السعودي القديم جاء الباب الرابع فيه بعنوان حضور الخصوم وغيابهم، وجاء الفصل الثاني من هذا الباب غياب الخصوم، أو أحدهم، فبينت أن المدعى عليه إذا غاب عن الجلسة الأولى تؤجل المحكمة النظر في القضية إلى جلسة لاحقة يبلغ بها، فإن تغيب عن تلك الجلسة، أو غاب عن أي جلسة أخرى قبل قفل باب المرافعة دون عذر مقبول، تحكم المحكمة في القضية، ويعد حكمها في حق المدعى عليه غيابيا، أما إذا غاب بعد قفل باب المرافعة في القضية، وحكمت

---

(١) انظر: ، البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨١؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٥١-١٥٢؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧٢؛ فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

(٢) البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨١-١٨٢.

(٣) العدوى مصطلح استخدمه الفقهاء بمعنى قريب من الادعاء وقد فسره الخليل بن أحمد قائلا: «والعَدْوَى: طلبك إلى والٍ ليُعْدِيَك على من ظلمك، أيْ: ينتقم لك منه باعتدائه عليك» العين: ج٣/ص١١٣.

(٤) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٦٨؛ وانظر: أسنى المطالب: ج٤/ص٣٢٧؛ مغني المحتاج: ج٦/ص٣١٠-٣١١.

(٥) كشاف القناع: ج٦/ص٣٥٤؛ وانظر: شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٦-٢٩١؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٩٩-٣٠١.

عليه المحكمة فيعد حكمها حضوريا[(١)].

ومن ذلك ما حكمت به المحكمة العامة بالإحساء بإلزام المدعى عليه دفع باقي ثمن سيارة اشتراها من الشركة المدعية، وقالت المحكمة: «هذا الحكم يعد حضوريا في حق المدعى عليه، لتبلغه لشخصه»[(٢)].

ومعنى هذا أن الحكم يعد غيابيا في حق المدعى عليه إذا تغيب - دون عذر مقبول - عن أي جلسة رغم إعلانه، إلا بعد قفل باب المرافعة، فيعد غيابه غير مؤثر، ويعد الحكم حضوريا، غير أن هذا قد اختلف في نظام المرافعات السعودي الجديد، حيث تقرر في هذا النظام أن العبرة في الحكم الغيابي هي بعدم إبلاغه لشخصه، أو وكيله، وعدم إيداعه مذكرة بدفاعه، وعدم حضوره أي جلسة[(٣)].

فصار الحكم في هذا النظام الجديد يعد حضوريا بواسطة واحدة على الأقل من القرائن التي تفيد علمه بالقضية، وتدل على امتناعه من الحضور في بعض الجلسات، أو كلها، وهذه القرائن هي:

- إعلامه لشخصه، أو وكيله بموعد الجلسة
- إيداعه مذكرة بدفاعه بنفسه، أو وكيله
- حضوره أي جلسة.

أما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فلا يوجد ذكر فيه للحكم الغيابي، أو للطعن بالمعارضة فيه؛ وذلك لأن ذلك القانون قد نص على أنه إذا لم يحضر المدعى عليه برغم إعلانه إعلانا صحيحا، فإن المحكمة تأمر بإعلانه ثانية، وبعد الإعلان الثاني إذا لم يحضر بدون عذر مقبول فإن المحكمة تأمر باستدعائه عن طريق الشرطة، فإذا ثبت غيابه، أو فراره نصبت المحكمة عنه منصوبا من أقاربه حتى الدرجة الثالثة، أو من المحامين، أو من تراه المحكمة، وبذلك يعد الحكم حضوريا اعتباريا[(٤)]، وعلى هذا فكل الأحكام في قانون المرافعات اليمني تعد حضورية، ولا يوجد طعن بطريق المعارضة في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني؛ حيث نُص فيه على أن: «الطعن في الأحكام بطريق الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر»[(٥)].

---

(١) انظر: م٥٥ مرافعات سعودي قديم.

(٢) مدونة الأحكام القضائية: ج٢/ص٢٥٤- صك رقم: ٨/٧٤ بتاريخ ١٤٢٧/٨/١٧هـ

(٣) انظر: م٢/٥٧ مرافعات سعودي جديد.

(٤) انظر: م١١٦ مرافعات يمني.

(٥) السابق: م٢٧٢.

ثالثا: الحكم الغيابي في قانون المرافعات المصري:

قانون المرافعات المصري قد ضيق من نطاق المعارضة في الأحكام الغيابية في المواد المدنية والتجارية، فلم يسمح بها إلا استثناءً، وذلك عندما «ألغى المشرع المصري بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢م نظام المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الدعاوى المدنية والتجارية، وقصرها على ما يرد به نص»[١].

وقد عد القانون الحكم حكما حضوريا في حق المدعى عليه، في حالة حضوره أي جلسة، أو إيداعه مذكرة بدفاعه، أو في حالة كونه أعلن لشخصه إعلانا صحيحا[٢]، وبالتالي يكون تعريف الحكم الغيابي كالآتي: هو الحكم الذي تغيب الخصم فيه جميع الجلسات، ولم يعلن إعلانا صحيحا، ولم يودع مذكرة بدفاعه.

غير أن هذا التعريف للحكم الغيابي الاعتباري لم يكن له معنى مؤثر في ظل منع المعارضة في المواد المدنية والتجارية إلا استثناء، بمعنى أنه لا جدوى من تسمية الحكم حكمًا غيابيًّا مع منع الطعن فيه بالمعارضة، مثلما أنه لا معنى لتسمية الحكم حضوريا اعتباريا لو سمح بالطعن فيه بالمعارضة.

تعقيب:

ما دام المشرع المصري قد توجه إلى إلغاء الطعن بالمعارضة في المواد المدنية والتجارية إلا فيما استثناه القانون، فقد كان الأولى أن يسمي الأحكام الصادرة في هذا المجال أحكاما حضورية اعتبارية هي أيضا، ولا يسمي الحكم غيابيا - في نظر القانون - إلا في المسموح فيه بالطعن.

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦١، وانظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص ٨٤٨-٨٤٩، أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٤ بند٣٤٧.

(٢) انظر: م٨٣-٨٤ مرافعات مصري.

المطلب الثاني
مشروعية الحكم الغيابي
أولا: مشروعية الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

المذهب الحنفي:

مذهب فقهاء الحنفية هو عدم جواز الحكم على الغائب إلا في حضور نائب عنه يقوم مقامه[١]، ولا يجوز القضاء على المسخر إلا للضرورة، والضرورة حصرها ابن نجيم[٢]في أربع مسائل[٣]، وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار في خمس مسائل[٤]، وهذه المسائل - في كلا المصدرين - تشمل المتواري في منزله، وهو الممتنع من الحضور، فإن توارى الخصم، أو امتنع من حضور إلى مجلس القضاء جاز الحكم عليه بعد اتخاذ ما يلزم من إجراءات لإعلامه أو إحضاره.

غير أن جواز القضاء على الغائب - غير المتواري أو الممتنع - لم يخل من خلاف بين الحنفية أنفسهم، فثمة رأي روي عن بعض أئمتهم بجواز الحكم على الغائب ونفاذه[٥]، وورد في فتح القدير: «وكان أبو يوسف يقول أولا: "لا يقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعا"، ثم رجع لما ابتلي بالقضاء، وقال: "يقضى فيهما جميعا" واستحسنه، حفظا لأموال الناس»[٦].

بيد أن الباحث لم يعثر على تفاصيل هذا الجواز، وهل هو في الغائب مسافة كبيرة تفوق مسافة القصر، أم على إطلاقه، وهل يشمل ذلك الممتنع في بلد القاضي وولايته، وهل تبقى الحجة للغائب أم لا، وغير ذلك مما ورد في المذاهب الأخرى، مما يرجح أنه ليس القول المعول عليه في المذهب.

---

(١) انظر: العناية: ج٧/ص٣٠٨-٣١٣، البناية: ج٩/ص٥٢-٥٦، البحر الرائق: ج٦/ص٢٧٦-٢٨٣.

(٢) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم. فقيه حنفي مصري (ت٩٧٠هـ)، له تصانيف، منها (الأشباه والنظائر) في أصول الفقه و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) في الفقه، وهو ثمانية أجزاء، منها سبعة له، والثامن تكملة الطوري، و(الرسائل الزينية) في المسائل الفقهية، و(الفتاوى الزينية). انظر: الأعلام لخير الدين الزركلي (ت١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، بيروت، ط١٥، ٢٠٠٢م: ج٣/ص٦٤.

(٣) انظر: البحر الرائق: ج٧/ص١٩-٢٣، حاشية ابن عابدين: ج٥/ص٢٣٠-٢٣١، معين الحكام: ج١/ص٩٨.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: ج٥/ص٤١٤-٤١٦.

(٥) انظر: فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣٠٨-٣١٣، وقوله: «كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينفذ، وغيرهما من المشايخ قالوا: لا ينفذ».

(٦) فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣١٠.

المذهب المالكي:

وأما المالكية فالحكم الغيابي عندهم تتوقف مشروعيته على نوع الغيبة كالآتي:

- إن كانت غيبة قريبة كيومين، أو ثلاثة فلا يحكم على الغائب إلا بعد الإعذار، والكتابة إليه، فإن امتنع قضي عليه في كل شيء(١)، وقيل يحكم عليه في الدين فقط، أما غيره فلا، وهو مروي عن الإمام مالك(٢).
- أما الغيبة البعيدة التي تزيد على عشرة أيام ونحوها، فيحكم عليه فيما عدا استحقاق الرباع(٣)، والأصول من الديون، والحيوان، والعروض، ولم يشترطوا هنا الإعذار إليه، واختلفوا في إقامة وكيل عنه يعذر إليه(٤).
- أما الغيبة المنقطعة فيحكم عليه في كل شيء(٥)، ولا يعذر إليه أيضا.

ولم يعثر الباحث على ما يفيد استثناءهم لحقوق الله الخالصة(٦)، أو عدمه في جواز الحكم على الغائب، ومما يزيد اللبس أن عبارة منح الجليل أن الغائب يحكم عليه «في استحقاق العروض، والحيوان، والأصول، وكل الأشياء من طلاق وعتق، وغيره» ربما تحتمل حقوق الله تعالى.

المذهب الشافعي:

عند الشافعية يجوز إصدار الحكم الغيابي على خصم خارج حدود بلدة القاضي أو ولايته، ولا يجوز إصداره فيما يتعلق بحقوق الله - ﷻ - الخالصة، أما من هو في حدود ولاية القاضي وبلده فينبغي إحضاره من أجل سماع الدعوى حضوريا، فإذا امتنع أو توارى فيحكم عليه، ويعد ذلك الحكم كالحكم على الحاضر، جاء في حاشية البجيرمي على المنهج: «باب القضاء على الغائب عن البلد، أو عن المجلس، وتوارى أو تعزز، مع ما يذكر معه هو جائز في غير عقوبة لله تعالى»(٧)، وجاء في مغني المحتاج: «هذا كله إذا كان الخصم الخارج عن البلد في محل ولاية القاضي، فإن كان خارجا

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨٠-١٨٢؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧١-٣٧٢؛ فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

(٢) انظر: منح الجليل: ج٨/ص٣٧١-٣٧٣.

(٣) الرباع: نتاج الماشية، وهي جمع ربع وهي «الفصيل ينتج في الربيع وهو أول النتاج»، وهي أيضا جمع ربع التي تعني المنزل أو «الدار وما حول الدار والمنزل والحي» المعجم الوسيط: ص٣٢٤.

(٤) انظر: فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

(٥) انظر: السابق: الصفحات نفسها.

(٦) تنقسم الحقوق في الفقه الإسلامي إلى أربعة أقسام: حقوق الله الخالصة، حقوق العباد الخالصة، ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد لكن حق الله غالب، وما اجتمع فيه الحقان لكن حق العبد غالب، فحقوق الله الخالصة هي التي لا يحق لأحد بعينه المطالبة بها، كزكاة الفطر والكفارات وغيرها، وإنما هي حقوق يعود نفعها على المجتمع بصفة عامة، ويحاسب الإنسان عليها في الآخرة، وسميت بحقوق الله تعظيما، وهو سبحانه منزه عن الانتفاع والاحتياج. انظر: الموسوعة الفقهية: ج١٨/ص١٤ وما بعدها.

(٧) البجيرمي على المنهج: ج٤/ص٣٦٠.

عنها فالبعد والقرب على حد سواء، فيجوز أن تسمع الدعوى عليه، ويحكم...»[١]، وجاء في أسنى المطالب: «ولا يحكم على الغائب في عقوبة لله تعالى»[٢].

وقد اختلفوا في لزوم نصب القاضي لوكيل مسخر يدافع عن الغائب، فقد جاء في مغني المحتاج: «والأصح أنه لا يلزم القاضي نصب مسخر بفتح الخاء المعجمة ينكر على الغائب عند الدعوى عليه. قال في أصل الروضة: لأنه قد يكون مقرا، فيكون إنكار المسخر كذبا»[٣].

المذهب الحنبلي:

أما المذهب الحنبلي ففيه خلاف حول مشروعية الحكم على الغائب، فثمة رأي بعدم جواز القضاء على الغائب[٤]، وثمة رأي آخر هو المذهب المفتى به، وعليه جماهير الحنابلة، وهو جواز القضاء على الغائب المتعذر إحضاره إذا توافرت شروطه[٥]، جاء في الإنصاف: «وإن ادعى على غائب، أو مستتر في البلد، أو ميت، أو صبي، أو مجنون، وله بينة: سمعها الحاكم، وحكم بها، وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب...»[٦].

كما اختلفوا في المستتر في البلد، وهو الممتنع من الحضور، ففيه روايتان عندهم، أشهرهما أن يقضى عليه، والأخرى ألا يقضى عليه حتى يحضر[٧].

واستثنى المجيزون للحكم على الغائب العقوبات الدينية الخالصة - أي حقوق الله دون الآدميين - من هذا الجواز، على أنهم اختلفوا في حد القذف، هل يلحق بحقوق الله، فيمتنع الحكم الغيابي فيه، أم يلحق بحقوق البشر فيجوز فيه الحكم الغيابي؟ وقد جاء في الإنصاف: «إنما يقضي على الغائب في حقوق الآدميين، لا في حقوق الله، كالزنا والسرقة. نعم في السرقة يقضي بالمال فقط، وفي حد القذف وجهان بناء على أنه حق لله، أو لآدمي»[٨].

---

(١) مغني المحتاج: ج٦/ص٣٢١.

(٢) أسنى المطالب: ج٤/ص٣٢٧.

(٣) مغني المحتاج: ج٦/ص٣٠٩.

(٤) انظر: المغني: ج١٠/ص٩٥، ونسب ذلك القول إلى القاضي شريح والإمام أحمد ابن حنبل، وابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، والقاسم، والشعبي؛ وانظر أيضا: المبدع: ج٨/ص٢٠٧.

(٥) انظر: المغني: ج١٠/ص٩٥، ونسبه إلى ابن شبرمة ومالك، والأوزاعي، والليث، وسوار، وأبو عبيد، وإسحاق، وابن المنذر؛ وانظر أيضا: شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٦.

(٦) الإنصاف: ج١١/ص٢٩٨.

(٧) انظر: المغني: ج١٠/ص٩٧-٩٨؛ المبدع: ج٨/ص٢٠٨ وعبارته: «فإن امتنع من الحضور، سمعت البينة، وحكم بها في إحدى الروايتين، قدمها في الفروع، وهي أشهر»؛ وانظر أيضا الإنصاف: ج١١/ص٣٠١-٣٠٣.

(٨) الإنصاف: ج١١/ص٢٩٩، وانظر: شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٩.

أدلة القائلين بجواز الحكم على الغائب:

استدل المجيزون للقضاء على الغائب بأدلة منها:

أ- عموم الأدلة المتعلقة بالقضاء، فهي لم تفرق بين غائب وغيره، فقد جاء في حاشية الجمل أن القضاء على غائب يجوز في غير عقوبة الله؛ وذلك «لعموم الأدلة، كقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ...﴾ (١)، ولم يفصل بين الحاضر وغيره»(٢).

ب-الحديث الشريف الذي فيه قوله الرسول ﷺ لهند بنت عتبة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٣)، ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ قضى لهند على أبي سفيان وهو غائب(٤).

وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بما يأتي:

١- بأنه ليس قضاء، بل فتيا.

وأجيب على هذا الاعتراض بأنه: «لو كان فتوى لقال عليه الصلاة والسلام: لك أن تأخذي، أو لا بأس عليك، أو نحوه، ولم يقل: خذي»(٥).

٢- «لأن القصة كانت بمكة، وأبو سفيان فيها، ولم يكن متواريا، ولا متعززا»(٦).

٣- بأنه لم يحلفها، ولم يقدر المحكوم به لها(٧).

ج- أنه «صح عن عمر وعثمان رضي الله عنهما القضاء على الغائب، ولا مخالف لهما من الصحابة، واتفاقهم على سماع البينة عليه فالحكم مثلها»(٨).

د- «القياس على الميت، والصغير مع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب»(٩).

هـ- حذارا من دخول الضرر على صاحب الحق بضياع حقه، أو تأخره لا إلى أمد(١٠).

و- وأيضا فإن تعذر الوصول إلى إقرار الخصم يجعل للمدعى عليه سبيلا إلى إقامة البينة لفصل القضاء، كما لو حضر إلى المجلس، وامتنع عن الكلام(١١)، فكذلك يعد الغائب - مع إعلانه - في حكم الحاضر الممتنع عن النطق بالإقرار أو الإنكار.

---

(١) [المائدة: ٤٩]

(٢) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥٧.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب ج٤/ص٣٣٨، واستدل به الجمل في حاشيته: ج٥/ص٣٥٧.

(٤) انظر: المغني: ج١٠/ص٩٥-٩٦.

(٥) حاشية الجمل: ج٥/ص٣٥٧.

(٦) السابق: ج٥/ص٣٥٨.

(٧) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

(٨) السابق: ج٥/ص٣٥٧.

(٩) السابق: الصفحة نفسها.

(١٠) انظر: شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٦.

(١١) انظر: السابق: ج٧/ص٢٨٦.

أدلة المانعين من القضاء على الغائب:

واستدل المانعون من القضاء على الغائب بأدلة منها:

أ- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي رضي الله عنه: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر، فإنك تدري بما تقضي»[١].

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأنه يدل على الحاضر لا الغائب[٢]، حيث ورد في المغني: «وأما حديثهم، فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان، لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما، وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين، ويفارق الحاضر الغائب، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته، والغائب بخلافه»[٣].

ب- «لأنه قضاء لأحد الخصمين وحده، فلم يجز، كما لو كان الآخر في البلد، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة، ويقدح فيها»[٤].

ج- لأن القضاء قد جعل لقطع المنازعة، ولا منازعة هنا لعدم الإنكار[٥].

مناقشة الأدلة والترجيح:

لابد للدراسة الفقهية أن تكون دراسة عملية، تسهم في إيجاد المعالجات الفقهية المتعلقة بمشكلات الإنسان المعاصر، ومن هنا فلا محيص من بحث المشكلة في ضوء المعطيات المعاصرة، حيث وسائل المواصلات، وترابط ولايات الدولة بشبكة من المواصلات، والمحاكم، والشرطة، والقوانين، فيكون لا داعي لبحث ما يسمى بـ "الخارج عن ولاية القاضي"، أو المسافة بين المدعي والمدعى عليه فوق مسيرة عشرة أيام، أو ما شابه ذلك.

وبناء عليه يمكن أن يكون الغائب نوعان:

- غائب عالم بانعقاد المحاكمة، ويشمل المستتر، والممتنع، والفارّ، لكنه قبل استتاره وامتناعه كان معلوم المكان، وجرى إعلانه في بيته، وهو ما يمكن تسميته بالمستدل عليه – سواء في الداخل، أو في الخارج – وهو يتم إعلامه بالدعوى بالطرق المعروفة، وبالوسائل الحديثة، وإن لم يحضر بعد الأخذ بكل وسائل الإعلام يعامل معاملة الممتنع أو الفارّ، وهذا تكاد المذاهب الفقهية – حتى الحنفية – تجمع على جواز الحكم عليه، أو

(١) حديث حسن. سبق تخريجه بهامش ٤ ص٢٣٨.
(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات: ج٣/ص٥٣١-٥٣٢.
(٣) المغني: ج١٠/ص٩٦.
(٤) السابق: الصفحة نفسها.
(٥) انظر: البحر الرائق: ج٧/ص١٧-٢٠.

على وكيله المسخر، ولكنهم اختلفوا في إرجاء الحجة له إن حضر بعد الحكم.

- غائب لم يعلم بالمحاكمة، وهو يحسن إخراج الصورتين الآتيتين منه لعدم وجودهما في النظم القانونية الحديثة:
  - الغائب فوق مسيرة كذا، باعتبار المسافة
  - الخارج عن حدود ولاية القاضي.

وبعد إخراج هذين النوعين لا يبقى سوى الغائب المتعذر العثور عليه وإبلاغه، إما لكونه خارج حدود البلد وسلطانها، أو لغير ذلك من الأسباب، وهو ما يمكن تسميته بـ "غير المستدل عليه" سواء داخل حدود البلد أو خارجها، وهذا هو الصنف الوحيد الذي عليه الخلاف.

والراجح هو رأي الجمهور، وهو جواز الحكم عليه، فعموم آيات القضاء، وإجماع الصحابة، لم يطلع الباحث على دفع للاستدلال بهما، أما القول بأن القضاء لا يكون إلا في منازعة، وأنه لا منازعة مع عدم الإنكار، فهذا ليس مسلما به، فالقضايا ضد الموتى، والقصر، والشخصيات الاعتبارية لا يوجد فيها شخص حقيقي مدعى عليه ينكر، فإن قيل ورثة الميت، والوصي على القاصر، وممثل الشخصية الاعتبارية يقومون مقامهم في الإنكار وما شابهه، فبنفس الطريقة يقيم القاضي شخوصا ممثلين للغائب الذي تعذر الوصول إليه، وقد أقر الحنفية بجواز الحكم على المسخر للضرورة.

وحديث علي ﷺ يحتوي على عبارة شرطية، وجملة الشرط فيها (إذا جلس، أو إذا تقاضى إليك الخصمان)، وهي تدل على أن العبارة تتعلق بالخصوم الحاضرين، وبالتالي الاستدلال بها على موضوع الغياب استدلال في غير محله.

إذا تقرر ما سبق فيجوز الحكم على الغائب غير المستدل عليه، سواء داخل البلد أو خارجه.

ثانيا: مشروعية الحكم الغيابي في النظم القانونية

لم تجد النظم القانونية الإسلامية، وكذلك قانون المرافعات المصري غضاضة في الحكم على الغائب بعد اتخاذ السبل الممكنة لإعلامه، أو محاولة إحضاره، مع اختلافها في التحديد الدقيق للحكم الغيابي الاعتباري في نظر كل منها.

غير أن الخلاف الأكبر في مسألة مشروعية طعن الغائب المحكوم عليه بعد علمه بالحكم، أو بعد ظهوره، وكان الخلاف بالتفصيل الآتي:

مجلة الأحكام العدلية جعلت الغائب على حجته، وأرجأت له الحجة، وإمكان الطعن حتى ولو كان ممتنعا أو مستترا، وقد خصصت المجلة الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب السادس عشر لبيان الحكم الغيابي، واحتوى ذلك الباب على أربع مواد، جاءت آخر هذه المواد لتعالج حضور

المحكوم عليه بعد الحكم غيابيا، وهي المادة (١٨٣٦)، ومما جاء فيها: «إذا حضر المحكوم عليه غيابا إلى المحكمة، وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه، وتفصل على الوجه الموجب، وإذا لم يتشبث بدفع الدعوى، أو تشبث، ولم يكن تشبثه صالحا للدفع ينفذ، ويجري الحكم الواقع»[١]، ويلاحظ أن المجلة هنا تسمح بالطعن في إطار الدفع بعد الحكم، وهو ما يعادل التماس إعادة النظر، وهو طريق غير عادي.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم[٢] والحديث[٣] فقد جعلا الحكم الغيابي واحدا من أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر، وهو نفس الاتجاه الذي توجهت إليه المجلة العدلية.

وأما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فلم يكن فيه حكم غيابي ليسمح أو يرفض الطعن فيه، ذلك أنه عد كل الأحكام حضورية، وتوسع في ذلك[٤].

وأما قانون المرافعات المصري فلم يسمح بالطعن في المواد المدنية والتجارية في الحكم الغيابي من حيث صدروه غيابيا، رغم أن القانون صريح في اعتباره غيابيا، وهذا أمر غريب على الفقه الإسلامي؛ حيث إن الفقه الإسلامي، وإن اختلف حول مشروعية إصدار الحكم على الغائب، لم يُعلم فيه خلاف حول مشروعية إرجاء الحجة للغائب متى حضر[٥]، إنما اختلفوا حول الممتنع والمتوراي، واختلفت المالكية في إرجاء الحجة للغائب غيبة متوسطة (نحو مسيرة عشرة أيام مع أمن الطريق، أو يومين مع خوفها)، والأرجح عندهم إرجاء الحجة له[٦].

علاوة على هذا يتناقض القانون مع نفسه في عد الحكم غيابيا (اعتبارا) ثم يمنع الطعن فيه بطريق المعارضة؛ لأن منع الطعن يعني اعتباره حضوريا برغم مخالفة ذلك لقواعد الغياب والحضور، فلا جدوى لقواعد الغياب والحضور طالما أن الحكم لا يُسمح فيه بالمعارضة؛ إذ يتساوى من أعلن صحيحا ولم يحضر مع من حضر، ويتساوى من أودع مذكرة دفاع بمن لم يفعل ذلك من حيث نتيجة الحكم.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٦ ص٣٧٣؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١.

(٢) م١٩٢ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦ - ٣٥٤، المرجع: ص٤٩٠.

(٣) انظر: م٢٠٠ مرافعات سعودي جديد.

(٤) انظر: م١١٦ مرافعات يمني.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١-٦٨٣؛ البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨٠-١٨٢؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٥١-١٥٢؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧٢؛ أسنى المطالب: ج٤/ص٣٢٧؛ مغني المحتاج: ج٦/ص٣١٠-٣١١؛ حاشية الجمل: ج٥/ص٣٦٧-٣٧٠؛ شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٦-٢٩١؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٩٩-٣٠١؛ كشاف القناع: ج٦ ص٣٥٤.

(٦) انظر: فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠-٣٠٢.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

اتفق جميع الفقهاء، وجميع الأنظمة القانونية محل الدراسة على جواز الحكم على الغائب الذي أعلم بالمحاكمة، وثبت امتناعه من الحضور، أو تواريه، أو فراره.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: مفهوم الحكم الغيابي:

١- **الفقه الإسلامي:**

إذا سلمنا بأن مفهوم الغياب الاعتباري يكون بإرجاء الحجة للغائب، وإتاحة طعنه في الحكم من حيث كونه غائبا، فيمكن أن نفهم الخلاف في الفقه الإسلامي حول مفهوم الحكم الغيابي على النحو الآتي:

- الحنفية يُرجون الحجة للمستتر أو الممتنع، فالحكم عليه هو حكم غيابي، وهو جائز عندهم.
- أما المالكية فلا يرجون الحجة للقريب الممتنع، فالحكم عليه يعد حضوريا، ولا يجوز له عندهم الطعن فيه بسبب غيبته، وعندهم خلاف حول الغائب غيبة متوسطة، أما الغائب غيبة بعيدة فيرجون له الحجة، أي يعدون الحكم عليه حكما غيابيا.
- أما الشافعية والحنابلة فيرجئون الحكم للبعيد والخارج عن حدود القاضي وولايته، كما يرجئون الحجة للممتنع والفارّ.

٢- **النظم القانونية الإسلامية:**

- نظام المرافعات السعودي القديم يعد الحكم الغيابي هو الصادر على من لم يحضر أي جلسة قبل قفل باب المرافعة، أما من حضر، ولو جلسة واحدة قبل قفل باب المرافعة، ثم تغيب فالحكم عليه يعد حضوريا.
- أما نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد فجعل الحكم الغيابي هو الحكم الذي يصدر ضد من لم يعلم لشخصه أو وكيله، ولم يودع هو أو وكيله مذكرة بدفاعه، ولم يحضر أي جلسة، فمن فعل أي شيء من ذلك فهو يعد حاضرا، ويعد الحكم عليه حضوريا اعتباريا.
- أما قانون المرافعات والتنفيذ اليمني فيعد جميع الأحكام في باب الدعاوى المدنية

حضورية، ولا يوجد فيها حكم غيابي في الاعتبار؛ وذلك لأنه يوجب على المحكمة إن لم يحضر المدعى عليه إعلانه مرة ثانية، فإن لم يحضر استدعته بالشرطة، فإن فر نصبت من أقاربه حتى الدرجة الثالثة وكيلا، فإن لم يوجد نصبت من تراه، وحكمت عليه، وعدت الحكم حضوريا.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

قانون المرافعات المصري يعد الحكم غيابيا إن تغيب الخصم جميع الجلسات، ولم يعلن إعلانا صحيحا، ولم يودع مذكرة بدفاعه.

جدير بالذكر أن قانون المرافعات المصري بعد أن عُدل، وألغيت فيه المعارضة في المواد المدنية والتجارية، فقد أصبح يشكل حالة استثنائية من مفهوم الحكم الغيابي الاعتباري الذي ترجح اتخاذه في هذا المبحث؛ حيث عد ذلك القانون الحكم غيابيا، وفي نفس الوقت لا يجوز الطعن فيه بطريق المعارضة، فلا هو سماه حضوريا كما فعل القانون اليمني، ولا سمح بالطعن فيه بالمعارضة كغيره من الأنظمة.

الراجح:

لا يترجح قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة بشأن إرجاء الحجة للممتنع من الحضور مع علمه بالمحاكمة؛ فهم بذلك يحملون المدعي مغبة تقصير المدعى عليه، ثم إن ذلك قد يتخذ ذريعة لكل من عليه حق في عدم الحضور، وبالتالي يترجح قول المالكية بشأن الممتنع الذي تم إعلامه بالمحاكمة، وعدم إرجاء الحجة له.

ولا يترجح من قانون المرافعات اليمني أنه توسع في عد الحكم حضوريا؛ فأجاز نصب أحد أقارب المدعى عليه، أو نصب وكيل آخر تراه المحكمة، ثم أغلق أمامه سبيل المعارضة، لا سيما إن أثبت أنه لم يعلن صحيحا بالمحاكمة.

ولا يترجح نظام المرافعات السعودي القديم حين حصر قرائن الامتناع عن الحضور بحضور الجلسات، وأغفل تقديم الخصم مذكرة بدفاعه، فهي تعني قطعا علمه بالمحاكمة، وإغفال الإعلان الصحيح إلى شخصه أو وكيله، وهي أمور تفاداها النظام الجديد.

ولا يترجح ما قرره نظام المرافعات السعودي الجديد، وقانون المرافعات المصري من اعتبار حضور أي جلسة تجعل الحكم حضوريا، بغض النظر عن كونها قبل قفل باب المرافعة أو بعده، فالخصم الذي أعلن خطأ، ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وحضر جلسة بعد قفل باب المرافعة، كجلسة

النطق بالحكم مثلا يعد عندهما حاضرا، فما جدوى حضوره ذاك؟ وهو لم يتح له الدفع، أو الرد على خصمه.

نعم، قد يقال إن كلا النظامين المصري والسعودي يتيح للخصم الاستئناف، فبذلك يُتلافى المأخذ، ولكن هذا القول يرد عليه أمران:

الأول: أن ذلك الخصم قد صدر ضده حكم ظالم حائز للحجية، سواء أمكن الطعن فيه بالاستئناف أم لا.

والثاني: أن الاستئناف هو درجة ثانية من التقاضي منحها القانون، فلابد أن تكون كذلك للجميع، ولا يتأتى أن تكون بالنسبة لأحدهما بمثابة الدرجة الأولى؛ إذ هو يبدي دفوعه وطلباته لأول مرة، وقد تنشأ مشكلات إن قدم طلبات جديدة، فترفض بقوة القانون في الاستئناف، وهو قد حرم منها في حكم أول درجة.

وبناء على هذا يترجح أن يكون حضور الجلسات قبل قفل باب المرافعة هو أحد قرائن عد الحكم حضوريا، وهو ما كان مقررا في نظام المرافعات السعودي القديم.

ويترجح أيضا أن اعتبار الحكم غيابيا يكون بإتاحة الطعن فيه من حيث كونه غيابيا، فلا يتأتى جعل الحكم غيابيا في الاعتبار، وعدم إتاحة الطعن فيه من هذه الناحية، وهو ما فعله قانون المرافعات المصري في نسخته الحديثة؛ لأن عد الأحكام حضورية، أو غيابية ليست مسألة مصطلحات، ولا يرجع في تحديدها للغة، وإنما هو بحسب حجيتها، وآثارها في مواقف الخصوم.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات اليمني بجعل الحكم الحضوري هو فقط ما أعلن فيه الخصم لشخصه أو وكيله، أو ما أفادت القرائن علمه بالمحاكمة، كإيداع مذكرة، أو حضوره أي جلسة قبل قفل باب المرافعة.

تعديل نظام المرافعات الشرعية، وقانون المرافعات المصري بجعل حضور أي جلسة قبل قفل باب المرافعة أحد القرائن على عد الحكم حضوريا في حق الخصم.

ويقترح تعديل قانون المرافعات المصري بالمواءمة بين المفاهيم والمصطلحات، بأحد الأمرين الآتيين:

- إما أن تعد الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية أحكاما حضورية اعتبارية، وذلك استثناءا لقواعد الغياب والحضور؛ لأن تلك القواعد هي - في جزء منها - لتحديد المصطلحات.
- وإما أن يتيح الطعن فيها بوصفها أحكاما غيابية.

الاختلاف الثاني: مشروعية الحكم الغيابي

١- الفقه الإسلامي:

المذهب الحنفي لا يجيز الحكم على الغائب، إلا في حالات ضرورية حصرها فقهاء المذهب، وهي تشمل الممتنع رغم علمه بالمحاكمة، فحينئذ يجوز الحكم على مسخر ينصبه القاضي لذلك، غير أنه روي عن الإمام أبي يوسف أنه استحسن الحكم على الغائب حفظا لأموال الناس.

أما المذهب المالكي فأجاز الحكم على الغائب القريب الممتنع في كل شيء، وقيل في الدين فقط، وأما الغائب البعيد مقدار مسيرة عشرة أيام مع أمن الطريق فأجاز الحكم عليه في أموال معينة، ولم يجزه فقهاء المالكية في استحقاق الرباع، والأصول من الديون، والحيوان، والعروض، وأما المنقطع فأجازوا الحكم عليه في كل شيء.

وأما المذهب الشافعي فأجاز الحكم على الغائب الممتنع بعد محاولة إحضاره، وعلى الخصم البعيد عن مجلس القضاء، أو الخارج عن ولاية القاضي وإن كان قريبا، لكنهم استثنوا ما يتعلق بحقوق الله تعالى، فلم يجيزوا الحكم على الغائب فيها.

والمذهب الحنبلي فيه خلاف حول جواز الحكم على الغائب بنوعيه: المستتر والمتعذر إحضاره، لكن المذهب والمفتى به هو جواز الحكم عليهما.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

أجازت النظم الإسلامية جميعها الحكم الغائب بنوعيه: الممتنع والمتعذر الوصول إليه، مع اختلافهم في عد أي منهما حكما غيابيا، فالمجلة تعد الحكم فيهما غيابيا، ونظام المرافعات السعودي يعد الحكم على الممتنع حضوريا، والقانون اليمني يعد الحكم على الغائب بنوعيه حكما حضوريا.

٣- قانون المرافعات المصري:

قانون المرافعات المصري يجيز الحكم على الغائب بنوعيه بعد اتخاذ اللازم لإعلانه، ويعد الحكم على الممتنع حضوريا، أما الحكم على غير الممتنع فيعده غيابيا، وإن كانت هذه التفرقة لم تؤت ثمارها في النتيجة النهائية في المواد المدنية والتجارية حيث ألغى المشرع المصري إمكان المعارضة فيها.

الراجح:

الراجح هو ما ذهبت إليه النظم القانونية الإسلامية محل الدراسة، وقانون المرافعات المصري، وجمهور الفقهاء من جواز الحكم على الغائب.

المبحث الثاني

نفاذ الحكم الغيابي وطريق الطعن فيه

وهذا المبحث يتناول:

- المطلب الأول: نفاذ الحكم الغيابي
- المطلب الثاني: طريق الطعن في الحكم الغيابي
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

نفاذ الحكم الغيابي

نفاذ الحكم الغيابي أمر وثيق الصلة بهذه الدراسة؛ لأنه قد تقرر آنفا أن النفاذ أحد العناصر التي تعين في التفريق بين طرق الطعن العادية، وطرق الطعن غير العادية، فإن كان النفاذ يتم فورا، وكان الأصل في الطعن ألا يوقف التنفيذ، فإن الطعن هنا يكون قد اتسم بإحدى سمات طرق الطعن العادية، وإن كان الأصل في النفاذ ألا يتم إلا بعد الحكم في الطعن، أو فوات موعده، فالطعن هنا يتسم بسمة خاصة بطرق الطعن غير العادية؛ ولهذا تبدو ضرورة بحث توقيت النفاذ بالنسبة للحكم الغيابي في الفقه الإسلامي، وقانون المرافعات المصري.

أولا: نفاذ الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

المذهب الحنفي:

على الرغم من أن الرأي السائد عند الحنفية هو عدم جواز الحكم على الغائب، فإن هناك عند مجيزيه خلافا حول نفاذ هذا القضاء عند وقوعه، لاسيما إن وقع من قاض متبع لمذهب آخر يجيز الحكم على الغائب، فهناك رأي بنفاذه مباشرة دون توقف على قضاء قاض آخر، وقد ورد هذا الرأي في فتح القدير(١)، وثمة رأي آخر يوقف نفاذ الحكم الغيابي على إمضاء قاض آخر(٢)، وقد جاء ذلك في البحر الرائق، حيث قال: «ولا يقضي على غائب، والذي يقتضيه النظر أن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على تنفيذ قاض آخر؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه»(٣).

وسبب الخلاف حول النفاذ أن لهذه المسألة صلة بما ذكر آنفا - في فصل الطعن بطريق النقض - من أن الحنفية يجيزون النقض في الخلافيات استثنائيا، في حالة كون نفس القضاء مختلفا حوله، وضربوا مثالا لذلك بالقضاء على الغائب، فهو مختلف حوله، فإن قضى به قاضٍ يرى مشروعية الحكم على الغائب فقيل ينفذ، وقيل بل يتوقف على إمضاء قاض آخر، فإما ينفذه وإما يبطله(٤).

وقد اختار الشيخ علي حيدر شارح المجلة النفاذ مطلقا دون الحاجة لإمضاء قاض آخر، حيث

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام : ج٧ ص٣٠٨-٣١٠.

(٢) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرموزا منلا خسرو، (ت٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.ط-د.ت: ج٢/ص٤١٠، البحر الرائق: ج٧/ص١٧.

(٣) السابق: ج٧/ص٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ج٧/ص١٤، التقرير والتحبير في شرح التحرير، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج (ت٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م): ج٣/ص٣٢١-٣٢٣.

ورد في شرح المجلة: «إذا حكم القاضي الشافعي الذي يجيز الحكم على الغائب، فينفذ حكمه، كما أنه لو حكم القاضي الحنفي المذهب الذي يجيز مذهبه الحكم على الغائب، اتباعا للمذهب الشافعي، فينفذ الحكم المذكور على أصح الرواية المروية عن الأصحاب الحنفية»(١).

المذهب المالكي:

يبدو أن فقهاء المالكية يقولون بنفاذ الحكم على الغائب فورا، دون توقف على كفيل، أو معارضة؛ لأنهم يقولون عبارات مثل: «يحكم عليه في الدين، ويبيع عليه(٢) فيه ماله من أصل وغيره»(٣)، فهذا يفيد نفاذ الحكم قبل رجوع الغائب ومعارضته.

المذهب الشافعي:

المنقول عن الشافعية يفهم منه أن الحكم الغيابي نافذ منذ صدوره دون توقف على معارضة المحكوم عليه، مثال ذلك ما ورد في أسنى المطالب: «ويستوفي - أي القاضي - لمن أثبت دينا على غائب من ماله الحاضر، أو الغائب في محل ولايته إذا طلبه المدعي... وإن احتمل أن يكون للغائب دافع؛ لأن الحكم قد تم، والأصل عدم الدافع»(٤)، وجاء في مغني المحتاج: «بل يحكم بالبينة، ويعطي المال المدعى به إن كان للمدعى عليه هناك مال»(٥)، فواضح أن الحكم الغيابي نافذ فورا، ويتم بعده تسليم المال المحكوم به، ودون توقف على معارضة المدعى عليه.

وإذا كان الشافعية لا يعلم عنهم خلاف في عدم توقف الحكم على معارضة المحكوم عليه، فإن لهم في توقف الحكم على الكفالة رأيين، أحدهما - وهو ما عليه جمهورهم - أن الحكم لا يتوقف على كفالة، والرأي الثاني يتوقف النفاذ على كفالة، فقد ورد في كتاب الحاوي: «وذهب بعض أصحابنا، وهو الحسين بن علي الكرابيسي(٦) إلى أن القاضي يطالب المحكوم له بكفيل؛ لجواز أن يتجدد ما

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٧٥.

(٢) يقصد بالبيع عليه: بيع القاضي لمال المحكوم عليه لقضاء حق المحكوم له، دون موافقة المحكوم عليه، وسواء أكان أم غائبا؛ جاء في المغرب: «باع عليه القاضي إذا كان على كره منه» المغرب في ترتيب المعرب، لأبي الفتح برهان الدين ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على الخوارزمي المُطَرِّزِىّ (ت٦١٠هـ)، دار الكتاب العربي، د.ط-د.ت: ج٥٦.

(٣) البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨٠؛ وانظر: التاج والإكليل: ج٨/ص١٥١؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧٢؛ فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠.

(٤) أسنى المطالب: ج٤/ص٣٢٧.

(٥) مغني المحتاج: ج٦/ص٣١١.

(٦) هو: أبو علي الحسين بن علي يزيد، الكرابيسي (ت٢٤٨هـ)، فقيه من أصحاب الإمام الشافعي، من أهل بغداد. له تصانيف كثيرة في أصول الفقه وفروعه والجرح والتعديل، وكان متكلما نسب له قول: «لفظي بالقرآن مخلوق»، فتكلم فيه الإمام أحمد، ونهى عن كلامه. نسبته إلى الكرابيس (وهي الثياب الغليظة) كان يبيعها. انظر: المنتظم: ج١٢/ص١٤؛ الأعلام للزركلي: ج٢/ص٢٤٤.

يوجب بطلان الحكم، فيؤخذ به الكفيل، وذهب جمهور أصحابنا، وهو قول أكثر الفقهاء إلى أن مطالبته بالكفيل لا تجب لأمرين: أحدهما: أنها كفالة بغير مستحق، والثاني: أن قضاءه على الغائب كقضائه على الميت والصبي، وليس يلزم أخذ الكفالة في القضاء عليهما، كذلك لا تلزم في القضاء على الغائب»[١].

ب. المذهب الحنبلي:

أما فقهاء الحنابلة، فاختلفت عنهم الأقوال المتعلقة بنفاذ الحكم الغيابي على النحو الآتي:

- هناك أقوال[٢] يفهم منها أن الحكم نافذ دون انتظار لقدوم الغائب، ومعارضته للبينة التي ادعاها المدعي، كقول الزركشي[٣]: «وإذا قضى على الغائب فإن كان في عين سلمت إلى المدعي، وفي دين يوفى من ماله إن وجد له مال»[٤].
- وثمة قول يفهم منه أن الحكم يكون موقوفا إلى حين معارضة المدعى عليه، فإما يدفع الحكم وإما ينفذ، جاء في المغني: «وإن قدم بعد الحكم، فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة، بطل الحكم، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة، أو مطلقا، لم يبطل الحكم... وإن طلب التأجيل، أجل ثلاثا، فإن جرحهم، وإلا نفذ الحكم، وإن ادعى القضاء، أو الإبراء، فكانت له به بينة، وإلا حلف الآخر، ونفذ الحكم»[٥].

فجعله نفاذ الحكم يترتب على عجز المدعى عليه دفعه بعد قدومه ومعارضته ربما يدل على أن الحكم كان موقوفا، ولكن إذا أُخذ في الاعتبار ما تم مناقشته سابقا[٦] من أن النفاذ عند بعضهم يحتمل تأييد الحكم الأول، لا إجراءه في الواقع - أقول إذا اعتبرنا ذلك فربما يفهم القول السابق فهما لا يختلف عن الرأي الأول، وهو نفاذ الحكم الغيابي فورا دون توقف على معارضة.

وكذلك كان للحنابلة رأيان حول توقف نفاذ الحكم الغيابي على كفيل، أحدهما: أنه ينفذ دون كفيل، والثاني: لا ينفذ إلا بكفيل، ضمانا لحق الغائب[٧]، جاء في شرح الزركشي: «وفي أخذ كفيل

---

(١) الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٣٧٧.

(٢) انظر: شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٨، المبدع: ج٨/ص٢٠٨، الإنصاف: ج١١/ص٢٩٨.

(٣) هو: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، المصري(ت٧٧٢هـ)، فقيه حنبلي، توفي بالقاهرة، من آثاره: شرح قطعة من المحرر، وشرح الخرقي، وشرح قطعة من الوجيز. انظر: معجم المؤلفين: ج١٠/ص٢٣٩.

(٤) شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٩.

(٥) المغني: ج١٠/ص٩٥-٩٦.

(٦) انظر: ص٢٠٣-٢٠٤ من هذا البحث.

(٧) انظر: الإنصاف: ج١١/ص٢٩٨.

بذلك من المدعي وجهان أشهرهما – وهو ظاهر كلام أحمد – لا»[١].

الرأي الراجح:

يغلب على الظن رجحان القول بنفاذ الحكم دون توقف لأجل المعارضة أو الكفالة؛ وذلك لأن الفقه الإسلامي لم يعرف الطعن بالمعارضة بوصفه طعنا عاديا، بل عرفه في إطار النقض، أو الدفع بعد الحكم، وهو مبني على طعن المحكوم عليه، وتجريحه للحكم، ولم يعثر الباحث على رأي أو نظام يؤجل ذلك بأجل، فكان في تعطيل نفاذ الحكم لأجل ذلك إضرار بالمدعي، علاوة على أن الحكم يصبح غير ذي جدوى.

ثانيا: نفاذ الحكم الغيابي في بعض النظم الإسلامية

في نفاذ الحكم الغيابي لدى بعض النظم الإسلامية تفاصيل جديرة بالدراسة المقارنة، وهي كالآتي:

نفاذ الحكم الغيابي في مجلة الأحكام العدلية:

مجلة الأحكام العدلية تقول بتوقف النفاذ على معارضة المدعى عليه، فقد جاء في شرح المجلة: «ويؤخذ من المحكوم عليه إيصالا[٢] بحصول تسليم الإعلام إليه، وتبليغه له، فإذا لم يعترض المحكوم عليه الذي بلغ له الحكم الغيابي فينفذ الحكم المذكور، وإذا اعترض على الحكم يؤخر تنفيذه لنتيجة الاعتراض»[٣]، وهذا معناه أن تنفيذ الحكم على المحكوم عليه يتوقف على إبلاغه، فإن بلغه الحكم، ولم يعترض عليه نفذ، وإن اعترض تأخر التنفيذ لنتيجة الفصل في الاعتراض.

وهناك أمر لم تتناوله العبارة تناولا صريحا، وهي تعذر إبلاغ المدعى عليه بسبب تواريه أو غيبته، ولكن قد يفهم من العبارة أنها تعني عدم تنفيذ الحكم إلا بعد إعلامه، وإن كان ممتنعا أو متواريا.

نظام المرافعات الشرعية السعودي:

في نظام المرافعات السعودي القديم إذا كان المحكوم عليه غائبا فإن المحكمة التي أصدرت الحكم ترفعه تلقائيا إلى محكمة التمييز لتدقيقه، حتى ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك[٤]، وبعد حكم محكمة التمييز يكون الحكم نهائيا، والأصل أن ينفذ فورا دون توقف على شيء.

كما جعل نظام المرافعات السعودي القديم الحكم الغيابي سببا من أسباب الطعن بالتماس إعادة

---

(١) شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٩.

(٢) الإيصال: «وثيقة تُعطى مقابل ما يُدْفع من مالٍ أو نحوه (كتب على نفسه إيصالا بألف دولار- إيصال استلام البضائع المرسلة)». معجم اللغة العربية المعاصرة: ج٣/ص٢٤٥٠.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١.

(٤) انظر: م١٧٩ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢١٨، المبسط: ص٣٠٥، المرجع: ص٤٨٢.

النظر[١]، ومعلوم أن الأصل في رفع الطعن بهذا الطريق لا يوقف التنفيذ، وأن التماس إعادة النظر هو طريق غير عادي في الطعن في الأحكام.

وكذلك نص نظام المرافعات السعودي الجديد على أن الحكم الغيابي يستأنف تلقائيا[٢]، وبعد الاستئناف يكتسب الحكم النهائية والنفاذ، وأن المعارضة في الحكم يجوز أن توقف التنفيذ استثنائيا، وذلك في حالة طلب الخصم، مع الخشية من الضرر الجسيم الناجم عن استمرار التنفيذ[٣].

نفاذ الحكم الغيابي في قانون المرافعات اليمني وقانون الإجراءات السوداني:

تقرر آنفا أن قانون المرافعات اليمني لا يجيز إصدار أحكام غيابية في المواد المدنية والتجارية، أما الأحكام التي تصدر في غيبة المدعى عليه، فيتخذ ذلك القانون من السبل ما يبرر عدها حضورية[٤].

وقريب من ذلك ما اتجه إليه قانون الإجراءات المدنية السوداني، فقد وضع تشريعات لإتاحة الفرصة لحضور الخصم؛ فجعل المحكمة تؤجل الجلسة مرة بعد مرة، وإذا أصدرت الحكم أعلنته إليه، وانتظرت قدومه سبعة أيام، فإن لم يحضر لم يسمح له بالطعن بطريق المعارضة[٥] إلا في قضايا الأحوال الشخصية[٦].

ثالثا: نفاذ الحكم الغيابي في قانون المرافعات المصري

الأصل أن الحكم الغيابي موقوف نفاذه على الحكم في الطعن، أو فوات موعده؛ لأن الفقه القانوني المصري يدرج الطعن بطريق المعارضة ضمن طرق الطعن العادية، وهي تتسم بما يأتي:

- أنها يجوز ولوجها من أي محكوم عليه؛ لأن أسبابها لم ينص عليها القانون على سبيل الحصر[٧]
- أن الأصل فيها توقف نفاذ الحكم عليها، أو على فوات موعدها، فالحكم قبلها لا يكتسب قوة الشيء المقضي فيه، وإن اكتسب الحجية.

ومن هنا فالأصل في الحكم الغيابي أن نفاذه موقوف على فوات موعد الطعن بالمعارضة، أو على

---

(١) انظر: م٢٠٠/و مرافعات سعودي قديم.

(٢) انظر: السابق: م١٨٥/٤ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: السابق: م٦٠/٤.

(٤) انظر: م١١٦ مرافعات يمني.

(٥) انظر: م٦١ إجراءات مدنية سوداني.

(٦) انظر: السابق: م٩٠ من جدول الأحوال الشخصية.

(٧) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٠٥-١٠٠٦.

الفصل في الطعن المرفوع فيه.

هذا، ولم يكن الاستثناء الوحيد من هذا الأصل هو ما قد يصدر من أحكام مشمولة بالنفاذ المعجل، بل زادت هذه الاستثناءات حتى أصبحت قاعدة في المواد المدنية والتجارية؛ حيث منع القانون المصري المعارضة فيها، فصار الحكم الغيابي فيها يقبل النفاذ - بعد اكتسابه القوة ومروره بالاستئناف - دون توقف على معارضة من الغائب[١].

---

(١) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦١، وانظر أيضا: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٤٨-٨٤٩.

المطلب الثاني

طريق الطعن في الحكم الغيابي

أولا: طريق الطعن في الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

يرى أغلب الفقه الإسلامي أن الغائب له حق الطعن في الحكم، وذلك في إطار ما أسموه بإرجاء الحجة، أي إتاحة سماعها منه، بدفعه للبينة، أو تجريحه للشهود.

فقد جاء في تبصرة الحكام: «إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به عليه أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العدول عنه، ولا الحكم بغيره، إذ هو كالإجماع في المذهب»[١]، وجاء في الحاوي الكبير: «ويشترط القاضي في حكمه على الغائب أنه قد جعله على حق وحجة إن كانت له؛ لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حججه وتصرفه»[٢]، وجاء في الروض المربع: «ثم إذا حضر الغائب فهو على حجته»[٣].

ولذلك أوجبوا تسجيل أسماء الشهود الذين شهدوا على الغائب، جاء في شرح مختصر الخرشي[٤]: «أن القاضي لابد أن يسمي الشهود في حكمه على الغائب؛ ليجد مدفعا عند قدومه بتجريح الشهود؛ لأنه باق على حجته، فإن لم يسم البينة، وألزم الخصم الحكم من غير تسمية فسخ حكمه، ويستأنف ثانيا، ويجري في متوسط الغيبة أيضا تسمية الشهود، ثم إن تسمية الشهود حيث كان يعذر فيهم كذا ينبغي قوله، وإلا نقض، ما لم يكن الحاكم مشهورا بالعدالة، وإلا فلا ينقض...»[٥] غير أنه أضاف «أما المعروفون بالعدالة عنده فلا يعذر فيهم كما مر، وحينئذ فلا يكتب أسماءهم، ولا يسمون للمدعى عليه إذا حضر، ولا يقبل طعن المدعى عليه فيهم إذا قدم وسموا له»[٦]، ويلاحظ أن كلامه السابق يمنع الطعن في الشهود المعروفين بالعدالة، ولا يمنع الطعن في الحكم الغيابي.

أما الممتنع والمستتر وهو قريب من مجلس القضاء، فهناك رأيان بصدده:

---

(١) تبصرة الحكام: ج١/ص٩٩، وانظر: أسنى المطالب: ج٤/ص٣٢٧، شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٦-٢٩١، شرح منتهى الإرادات: ج٣/ص٥٣١.

(٢) الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٣٧٦.

(٣) الروض المربع: ج١/ص٤٩٧.

(٤) هو: محمد بن عبد الله الخراشي المالكي (ت١١٠١هـ) أول من تولى مشيخة الازهر. نسبته إلى قرية يقال لها أبو خراش (محافظة البحيرة - مصر) كان فقيها فاضلا ورعا. أقام وتوفي بالقاهرة. من كتبه (الشرح الكبير على متن خليل) في فقه المالكية، و(منتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة لابن حجر). انظر: الأعلام للزركلي: ج٦/ص٢٤٠-٢٤١.

(٥) شرح مختصر خليل للخرشي: ج٧/ص١٧٣.

(٦) حاشية الدسوقي: ج٤/ص١٦٢.

• الرأي الأول: جواز الطعن بالمعارضة: وهو رأي الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣)، وهو ما عبروا عنه بإرجاء الحجة له.

• الرأي الثاني: عدم جواز الطعن: عقوبة له؛ لأنه أصر على الامتناع بعد اتخاذ إجراءات إعلامه وإحضاره، وهو رأي المالكية، جاء في التبصرة: «إن امتنع المطلوب في موضع، أمر السلطان بتثقيف ذلك الموضع إذا لم يوصل إليه، وضيق عليه حتى يخرج... فإن أعيا السلطان أمره، ولم يجده سمع من الطالب بينته، وقضى لصاحب الحق عليه، ولم ترج له حجة عقوبة له»(٤)، وجاء في شرح ميارة(٥): «يعني أن الخصم إذا ألد في الخصام: أي أكثر الخصومة، وسلك طريق الفرار، وفر من القضاء والحكم عليه، وتغيب عن مجلس الحكم، فإن كان ذلك بعد أن أتم حجته، واستوفى من الآجال معذرته، فإن القاضي ينفذ الحكم عليه، ويمضيه، ويقطع خصومته، ولا ترجى له حجة، ولا تسمع له بعد ذلك بينة»(٦) والأولى هنا ألا يسمى الحكم غيابيا في الاعتبار، فلا معنى لعد الحكم غيابيا دون منح حق المعارضة فيه.

أما عن طريق المعارضة، وهل تعد طريقا غير عادي كالنقض، أم طريقا عاديا كالاستئناف؟ فهذا فيه التفصيل الآتي:

• الرأي الغالب في الفقه الإسلامي يفهم منه جعل الطعن بالمعارضة طريقا غير عادي، ويلحقه بالنقض القائم على بطلان سبب الحكم، أو أدلته الواقعية، وهو رأي أغلب الفقهاء؛ لأنهم جعلوا الحكم الغيابي نافذا فورا، بحيث يحكم بالمال، ويسلم للمدعي، ويباع ما يوجد من مال للغائب؛ ليوفي دينه(٧)، كما جعلوا عليه عبء الإتيان بدفع بيّن لدعوى المدعي، وجعلوا هذا شرطا لمجرد سماع دعوى الطعن(٨)، شأنه في ذلك شأن النقض، والدفع بعد الحكم.

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣٠٨-٣١٣.

(٢) انظر: الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٣٧٥-٣٧٧.

(٣) انظر: الإنصاف: ج١١/ص٢٩٨.

(٤) تبصرة الحكام: ج١/ص٣٧٠.

(٥) هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ميارة (ت١٠٧٢هـ): فقيه مالكي من أهل فاس. من كتبه (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام)، و(الدر الثمين في شرح منظومة المرشد المعين) ويعرف بميارة الكبير، تمييزا عن مختصر له، يسمى (ميارة الصغير). انظر: الأعلام للزركلي: ج٦/ص١١.

(٦) شرح ميارة: ج١/ص٣٣.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ج٩/ص١٨٠؛ التاج والإكليل: ج٨/ص١٥١؛ منح الجليل: ج٨/ص٣٧٢؛ فتح العلي المالك: ج٢/ص٣٠٠؛ مغني المحتاج: ج٦/ص٣١١؛ شرح الزركشي: ج٧/ص٢٨٧-٢٩١.

(٨) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١-٦٨٢.

وهو الرأي الذي مال إليه بعض الباحثين[١] في قوله: «قابلية الحكم على الغائب للمعارضة فيه من قبل الغائب، والنقض لا تعني عدم حجيته حين صدوره، أو إمكان تنفيذه، وإلا لم يكن في القضاء على الغائب فائدة»».

- وهناك رأي آخر يجعل طريق الطعن في الحكم الغيابي طريقا عاديا، يوقف نفاذ الحكم، واكتسابه القوة لحين الفصل في الطعن، أو فوات موعد المعارضة، أو الرضا بالحكم، وهذا الرأي هو ما فهم من أقوال بعض الفقهاء، كالقول الوارد في المغني من أن الغائب حينما يتاح له الاعتراض، يعطى الفرصة لجرح الشهود: «فإن جرحهم، وإلا نفذ الحكم، وإن ادعى القضاء، أو الإبراء، فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر، ونفذ الحكم»[٢]، ولكن هذا الفهم - كما تقرر - فهم مرجوح، لأن الغالب أن كلمة (تنفيذ) فيه تعني (تأييد).

ثانيا: طريق الطعن في الحكم الغيابي في بعض النظم الإسلامية

الرأي الذي جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية يجعل الطعن في الحكم الغيابي يحمل سمات من طرق الطعن العادية، وسمات أخرى من طرق الطعن غير العادية، حيث جاء فيه: «فإذا لم يعترض المحكوم عليه الذي بلغ له الحكم الغيابي فينفذ الحكم المذكور، وإذا اعترض على الحكم يؤخر تنفيذه لنتيجة الاعتراض»[٣]، فهنا يشير إلى أن المحكوم عليه إذا لم يعترض ينفذ الحكم، أما إذا اعترض لم ينفذ الحكم، وتلك سمة طرق الطعن العادية.

وقد بين الشارح أن ميعاد طعن الغائب مفتوح، وتلك سمة الطعن غير العادي - في الفقه الإسلامي - فقال: «وبما أن الاعتراض على الحكم هو دفع للدعوى، فليس في الأحكام الشرعية مدة مخصوصة له، يعني ليس في الأحكام الشرعية أنه إذا اطلع المحكوم عليه على الحكم الغيابي يجب الاعتراض على الحكم في مدة ثلاثة أشهر، أو في مدة ثلاث سنوات، وأنه لا يسمع الاعتراض بعد ذلك، فلذلك يستمع دفع الدعوى ما لم يمنع استماع الدعوى بحصول مرور الزمن»[٤].

والمشكلة في هذا الرأي أنه لا قيمة عملية فيه للحكم الغيابي، حتى يظهر الغائب، ويطعن بالمعارضة، وهذا قد يترتب عليه تعطل مصالح المدعين، وتهرب من عليه الحق طالما أنهم يفهمون أن الحكم الغيابي لن ينفذ على أموالهم الحاضرة في بلد التقاضي.

---

(١) القضاء على الغائب، رسالة ماجستير، إعداد الطالب عبد الله مصلح الثمالي، إشراف الدكتور حسين حامد حسان، من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد العزيز (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م): ص٢٧٦.

(٢) المغني: ج١٠/ص٩٦.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١.

(٤) السابق: الصفحة نفسها.

ويمكن القول بأن المجلة بوصفها حنفية المذهب، فقد مالت إلى جعل الحكم الغيابي شكليا، لتكون بذلك أقرب إلى الرأي السائد عند الحنفية بعدم جواز الحكم على الغائب.

وقد أدرج نظام المرافعات السعودي الطعن في الحكم الغيابي ضمن التماس إعادة النظر، حيث نص على أنه: «يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية: ... و- إذا كان الحكم غيابيا...»(١)، ونفس الفقرة بنصها وردت في نظام المرافعات السعودي الجديد(٢).

ومعلوم أن التماس إعادة النظر في الفقه السعودي طريق غير عادي للطعن في الأحكام، وأن الأصل فيه ألا يوقف تنفيذ الحكم(٣).

فالقضاء في المملكة لا يجد مشاحة في الحكم على الغائب غير المستدل عيه، وبعد أن يكتسب الحكم القطعية ينفذ، ومع ذلك تبقى للغائب حجة إذا رجع، ومن تطبيقات ذلك أن حكم مساعد رئيس محاكم المنطقة الشرقية بفتح دكان يستأجره غائب، وتسليمه للمؤجر، وحفظ المتاع الذي بالدكان ببيت المال، وبقاء الحجة للغائب إذا رجع(٤) وقد صُدق الحكم من محكمة التمييز، واكتسب القطعية، وبقيت الحجة للغائب إذا رجع، وذلك بطريق التماس إعادة النظر.

ولأن الطعن بطريق التماس إعادة النظر، وهو طريق غير عادي، والأصل فيه أنه لا يوقف نفاذ الحكم، فلابد أن يتخذ اللازم لمحاولة العثور على المدعى عليه قبل الحكم، وهو ما نجده في مثل الحكم الذي حكم به قاضي المحكمة الكبرى بالدمام بإنفاذ عقد بيع عقار اشتراه المدعي من المدعى عليه الغائب، وسلمه الثمن كاملا، فاتخذ القاضي كل السبل لإيجاد المدعى عليه، وأرسل إلى السجن، والمستشفى، وأمر بالإعلان في الصحيفة، ثم أصدر حكمه المذكور، وأبقى له حجة إذا رجع(٥).

أما قانون المرافعات اليمني فقد جعل الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية كلها حضورية - اعتبارية - وبالتالي لا يوجد مجال للطعن عليها من ناحية كونها غيابية، وإلى مثل ذلك ذهب قانون الإجراءات المدني السوداني في غير الأحوال الشخصية.

---

(١) م١٩٢ مرافعات سعودي قديم؛ وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٦٣؛ المبسط: ص٣٤٦-٣٥٤؛ المرجع: ص٤٩٠.

(٢) انظر: م٢٠٠ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: السابق: م٢٠٢/٢.

(٤) مدونة الأحكام القضائية: ج٢/ص٢٣٤- صك رقم: ٢/٤٠ بتاريخ ١٤٠٨/٥/١٠هـ.

(٥) السابق: ج٢/ص٢٤٨- صك رقم: ٦/٦/٣٩ بتاريخ ١٤١٤/١/١٤هـ.

ثالثا: طريق الطعن في الحكم الغيابي في قانون المرافعات المصري

عد قانون المرافعات المصري الطعن المعارضة حقا يتمسك به من صدر الحكم الغيابي ضده في إعادة نظر الدعوى بحضره، بحيث يعاد سماع الدعوى، وكافة الإجراءات مرة أخرى، ولا يقتصر الأمر على إطلاع المعارِض على بينات الحكم الصادر ضده، وأسماء الشهود، فلم يُكتفى ببحث إمكان تجريحه لذلك.

ويعد الطعن بطريق المعارضة في الحكم الغيابي هو أحد طرق الطعن العادية، وهذا تأكيد آخر أن ذلك الطعن لا يشترط فيه اشتماله على ما يمثل تجريحا في الحكم الصادر أولا.

ومع ذلك فقد ألغى المشرع المصري «بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢م نظام المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الدعاوى المدنية والتجارية، وقصرها على ما يرد به نص»[١].

ومعنى هذا أن الأصل هو عدم جواز المعارضة في الأحكام المدنية أو التجارية، والاستثناء هو ما يرد بشأنه نص خاص، كالحكم بإفلاس التاجر.

غير أن الأمر ليس بهذه الدرجة من الاختلاف بين القانون القديم والجديد؛ لأن القانون الجديد «قد استبدل بالمعارضة في أمر الأداء التظلم منه، فإن ذلك لا يعدو مجرد اختلاف في التسمية؛ لأنه طبق على التظلم من أمر الأداء جوهر قواعد المعارضة...»[٢].

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦١؛ وانظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص ٨٤٧؛ أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٤ بند٣٤٧.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٦٨.

المطلب الثالث
المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

لم يعثر الباحث على أي اتفاق في أي من مسائل هذا المبحث بين الفقه، والنظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: نفاذ الحكم الغيابي:

١- الفقه الإسلامي:

يوجد خلاف في الفقه الإسلامي حول نفاذ الحكم الغيابي، بالتفصيل الآتي:

- أما الحنفية فلديهم قول بنفاذه، وقول آخر بتوقف نفاذه إلى إمضاء قاض آخر.
- وأما المالكية فيقولون بنفاذ الحكم الغيابي فورا دون توقف على معارضة أو كفالة.
- وأما الشافعية فيقولون بنفاذه دون انتظار معارضة المحكوم عليه، وأما توقفه على كفالة فلهم في ذلك رأيان.
- وأما الحنابلة فيرجح عنهم القول بنفاذ الحكم الغيابي دون توقف على معارضة الخصم، وهناك قول آخر بأن المحكوم عليه إن حضر يقدم بينته على جرح الحكم وإلا نفذ، ولكن الراجح أن التنفيذ هنا بمعنى التأييد، أما توقف الحكم على كفالة فلهم رأيان كالشافعية.

٢- النظم القانونية الإسلامية:

- مجلة الأحكام العدلية تقول بتوقف النفاذ لحين إبلاغ المحكوم عليه، وعدم اعتراضه، فإذا اعترض لم ينفذ الحكم، وأُخّر حتى ينظر في الاعتراض، ويبدو أن هذا يشمل أيضا الممتنع، والمتواري، والفار.
- الحكم الغيابي في نظام المرافعات السعودي القديم لابد أن يُرفع تلقائيا إلى محكمة التمييز لتدقيقه، ثم يكتسب القطعية، وينفذ فورا، وإذا حضر الخصم يتاح له أن يطعن بالتماس إعادة النظر، وقد تقدم أن الأصل فيه ألا يوقف التنفيذ بوصفه طريقا غير عادي في الطعن.
- ونفس الأمر في نظام المرافعات السعودي الجديد، فالحكم الغيابي يستأنف تلقائيا، ثم

يكتسب الحكم النهائية والنفاذ، ثم هو قابل لالتماس إعادة النظر، وهو لا يوقف التنفيذ إلا في حالة الضرر الجسيم.

- أما قانون المرافعات اليمني فلا يجيز في المواد المدنية والتجارية إصدار أحكام غيابية من حيث الاعتبار، وإن كان المحكوم عليه غائبا على الحقيقة، فالغائب الحقيقي، والمتواري بناء على ذلك ينفذ الحكم عليهم دون توقف على حضورهم، بل يعد الحكم الصادر في حقهم حضوريا اعتباريا.
- وقانون الإجراءات المدنية السوداني أيضا يتخذ خطوات كثيرة للتأكد من إعلان المدعى عليه، ثم يعد الحكم بعد ذلك حضوريا.

٣- قانون المرافعات المصري:

الفقه القانوني المصري يدرج الطعن بطريق المعارضة ضمن طرق الطعن العادية، أي يجعل الأصل فيها توقف نفاذ الحكم على معارضة المحكوم عليه، ولكن قانون المرافعات المصري منع المعارضة في المواد المدنية والتجارية، فصارت الأحكام الغيابية فيها لا يتوقف نفاذها على معارضة الخصم.

الراجح:

مما سبق يتضح أن أغلب الفقه، والنظم القانونية ترى نفاذ الحكم الغيابي – سواء الحقيقي أو الاعتباري – في المعاملات المدنية والتجارية دون توقف على معارضة المدعى عليه، وهو الراجح، وذلك مع الأخذ في الاعتبار أن بعض تلك النظم قد توقف تنفيذ الحكم لأجل الاستئناف، أو فوات موعده، أو التنازل عنه، وهو ما سندرسه في الفصل الرابع من هذه الدراسة.

الاختلاف الثاني: طريق الطعن في الحكم الغيابي:

١- الفقه الإسلامي:

أجاز جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة الطعن بالمعارضة من خلال ما أسموه إرجاء الحجة للغائب، حتى ولو كان ممتنعا من الحضور، أو فارّا. أما المالكية فرجحوا عدم جواز طعن الممتنع والفارّ عقوبة له.

أما طريق الطعن فالثابت عن أغلبهم أنه طريق له أكثر سمات الطعن غير العادي؛ إذ الأصل فيه عدم إيقاف نفاذ الحكم، والطاعن لابد أن يأتي ببينة على تجريح الحكم.

٢- **النظم القانونية الإسلامية:**

- جاءت مجلة الأحكام العدلية بصورة تفردت بها عن سائر النظم، وأيضا عما عرف في القضاء الإسلامي الترجيحي - بحسب اطلاع الباحث - وهي وقف نفاذ الحكم الغيابي، وتأخيره لأجل غير مسمى لاعتراض المحكوم عليه، وفي نفس الوقت طالبت المحكوم عليه بالإتيان ببينة صالحة لدفع الدعوى، وليس مجرد إعادة محاكمة كالتمييز.
- وأما نظام المرافعات السعودي القديم فقد أدرج الطعن في الحكم الغيابي ضمن حالات التماس إعادة النظر، وهو طريق غير عادي في الطعن في الأحكام، والأصل فيه ألا يوقف تنفيذ الحكم.
- وأما نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد فقد ورد فيه نفس المعنى بنفس الألفاظ.
- وأما قانوني المرافعات اليمني والإجراءات السوداني فقد تقدم أنهما ليس فيهما طعن بالمعارضة في المواد المدنية والتجارية.

٣- **قانون المرافعات المصري:**

الفقه القانوني المصري يعد المعارضة من ضمن طرق الطعن العادية، يتمسك بها من صدر الحكم الغيابي ضده، بحيث يعاد سماع الدعوى من جديد، ولكن المشرع المصري ألغى المعارضة في المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢م، وقصرها على ما يرد به نص.

الراجح:

يبدو أن الرأي الذي ورد في مجلة الأحكام العدلية تأثر برأي الحنفية في منع الحكم على الغائب؛ لأن وقف نفاذه لأجل الاعتراض، وجعله لأجل غير مسمى يجعل الحكم الغيابي لا قيمة عمليا له، إلا أن يحضر المحكوم عليه، ويرضى به، أو يعجز عن دفعه، ولكن بغض النظر عن وقف التنفيذ لأجل الاعتراض على الحكم الغيابي، يترجح توجه المجلة في إلحاق هذا الطعن بالدفع بعد الحكم؛ لأن النقض يكون لأسباب شرعية، والدفع بعد الحكم يكون لأسباب واقعية، ومن هذه الأسباب الواقعية الغياب.

والطعن في الحكم الغيابي يمثل رأي جمهور الفقهاء من حيث نفاذ الحكم، ومن حيث الطعن عليه بالطرق غير العادية؛ حيث كانت مصادر الفقه القديمة تلحقه بالنقض بمعناه الواسع.

والنظام السعودي هو الصورة المثلى التي أدرجت الطعن في الحكم الغيابي ضمن التماس إعادة النظر، وميزت التماس النظر عن النقض.

فالمحكوم عليه في غيابه لابد أن تعاد عليه البينة، والشهود، ووقائع القضية جميعها، دون الإخلال بنفاذ الحكم المطعون فيه، والطاعن لا يستطيع حصر تلك المخالفات الواقعية إلا إذا أعيدت المحاكمة عليه، لهذا يترجح جعله ضمن التماس إعادة النظر، وأن يكون مجرد كونه غائبا هو سبب كاف لأن ينظر في طعنه.

وذلك – عند التمحيص – لا يكاد يخرج كثيرا عن قانون المرافعات المصري، واليمني، وقانون الإجراءات السوداني؛ إذ هم بمنع المعارضة في المواد المدنية والتجارية لا يوقفون نفاذ الحكم على معارضة الخصم، وهو عين ما قاله الجمهور، بغض النظر عن تسمية الحكم حضوريا أو غيابيا، والاختلاف يكون في إرجاء الحجة له، أي فتح الباب الطعن له إذا رجع، أو إذا علم بالحكم، وذلك من خلال التماس إعادة النظر.

أما القول بأن في الطعن بالاستئناف عوضًا للطاعن الذي حرم من المعارضة، فلا يبدو أنه مبرر كاف؛ لأن الاستئناف شرّع درجة ثانية من التقاضي، وهو في حالة الحكم الغيابي يعد درجة ثانية في حق المحكوم له، ودرجة أولى في حق المحكوم عليه، ويترجح أن في ذلك إخلالا بالعدل.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات المصري، واليمني، والسوداني بإدراج الغياب بوصفه حالة من حالات التماس إعادة النظر.

المبحث الثالث

إجراءات الطعن في الحكم الغيابي وآثاره

وفيه المطالب الآتية:

- المطلب الأول: إجراءات الطعن في الحكم الغيابي
- المطلب الثاني: آثار الطعن في الحكم الغيابي
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

إجراءات الطعن في الحكم الغيابي

أولا: إجراءات الطعن في الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

باستثناء شرح مجلة الأحكام العدلية لم يفرد أحد من الفقهاء - بحسب اطلاع الباحث - للطعن في الحكم الغيابي بابا منفصلا عن النقض بمعناه العام، الذي يشمل نقض الحكم لخطأ فيه، أو لخطأ في سببه، أو لخطأ في طريقه.

وقد تقرر أن الأحكام الإجرائية لم يفصل فقهاؤنا القول فيها، لأسباب عديدة، وقد تقرر أيضا أن هذه الأحكام الأصل فيها أن حكمها الإباحة، فلم ترد في أكثرها نصوص، ومن هنا فإنها تُتخذ بحسب ما يحقق المصالح الشرعية على أمثل وجه، وفي إطار ما يناسب العصر، كما أنها تفرض بقوة النظام العام.

وقد وجدت - مع ذلك - بعض الأحكام الإجرائية المنثورة في أمهات كتب الفقه، مثل الآتي:

من أبرز الأحكام الإجرائية التي تتعلق بالطعن في الحكم الغيابي هي أحكام الجهة التي يتوجه إليها الطاعن، هل هي نفس المحكمة - على غرار القوانين الحديثة - أم أنه يستطيع التوجه إلى أي قاض، وأي محكمة؟

لقد تقرر آنفا(١) أن أكثر الفقهاء المسلمين قد عدوا الطعن في الحكم الغيابي من النقض بمعناه الواسع، وبالتالي ينطبق على المحكمة التي تنظر الطعن بالمعارضة ما ينطبق على محكمة النقض، وهذا معناه - في القضاء الترجيحي - جواز الطعن بالمعارضة لدى القاضي نفسه، أو قاض غيره.

ومن الأحكام الإجرائية كذلك أن يتاح للطاعن في الحكم الغيابي الاطلاع على أوراق القضية، ثم يمهل مهلة للإتيان بدفعه، أو جرحه للبينة، فقد روي عن الإمام الشافعي قوله: «وينبغي إذا حضر أن يقرأ عليه ما شهدوا به عليه، وينسخه أسماءهم، وأنسابهم، ويطرده جرحهم، فإن لم يأت به حكم عليه»(٢)، وقال الماوردي(٣) في تفصيل ذلك: «وفي قول الشافعي: ويطرده جرحهم، تأويلان

---

(١) انظر: ص٣٠٩-٣١٣ من هذا البحث.

(٢) الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٣٨٩.

(٣) هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ)، أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد، وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل أقضى القضاة في أيام القائم بأمر الله العباسي، وكان يميل إلى الاعتزال، وله المكانة الرفيعة عند الخلفاء، نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد، ومن كتبه "أدب الدنيا والدين" و"الاحكام السلطانية" و"الحاوي" في فقه الشافعية. انظر: المنتظم: ج١٦/ص٤١.

متضادان: أحدهما: معناه يمهله ويؤخره، حتى يقيم بينة بجرحهم. والثاني: بل معناه يضيق عليه، ولا يؤخره»(١)، والراجح الأول؛ لأنه قد تقرر ترجيح إبقاء الحجة للغائب، ولا معنى لإبقائه على حجته مع التضييق عليه، بل ينبغي إتاحة الفرصة الكافية له.

ومن الأحكام الإجرائية تفصيل المدة التي يمهلها القاضي للمحكوم عليه غيابا ليأتي بدفوعه، فقد تعرض لذلك الماوردي، حيث قال: «لابد أن يمهله قدر ما يمكنه إقامة البينة الحاضرة بجرحهم، ولا يزيده على ثلاثة أيام؛ لتطاول الزمان بما زاد عليها، ويجتهد رأيه فيما دون الثلاث، بحسب الحال، وعظم البلد وصغره، فإذا قدر له مدة أنظره بها فلم يأت فيها بالبينة على الجرح أنفذ الحكم عليه بالشهادة، وإن أتى بالبينة في مدة إنظاره بجرح الشهود بعد ثبوت عدالتهم سأل شهود الجرح عن زمانه»(٢).

ونفهم من رأيه أن ذلك يترك للقاضي يقرره بحسب الحال، وعظم البلد وصغره، وبحسب وسائل المواصلات، وتيسر سبل استخراج مستندات وخلافه، فقد ورد في إعلام الموقعين أنه لا يشترط في المهلة ثلاثة أيام، حيث جاء فيه: «فإذا سأل أمدا تحضر فيه حجته أجيب إليه، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام، بل بحسب الحاجة»(٣).

وورد عند غيره أن للقاضي إمهال من عنده دفع إلى المجلس التالي، فقد جاء في الفتاوى الهندية: «رجل ادعى على رجل حقا أو مالا، وأقام البينة، فقال المدعى عليه: لي مخرج من دعواه، أمهله القاضي إلى المجلس الثاني، ولا يقضي عليه»(٤) وحاشية ابن عابدين: «قال المدعى عليه لي دفع، يمهل إلى المجلس الثاني»(٥)، ولكن هذا في حالة الدفع من الخصم الحاضر، كما أن الإشكال يظل قائما في تحديد موعد المجلس التالي.

والراجح أن يتدخل الحاكم العام في تحديد المدة التي يجهز فيها الطاعن مستنداته، بأن يفرض فيها ما يناسب بقوة النظام العام، وأن يترك - مع ذلك - إطارا لتحديد القاضي بحسب نظره للملابسات والظروف.

---

(١) الحاوي الكبير: ج٢٠/ص٣٩٠.
(٢) السابق: الصفحة نفسها.
(٣) إعلام الموقعين: ج١/ص٨٦.
(٤) الفتاوى الهندية: ج٤/ص٤٤.
(٥) حاشية ابن عابدين: ج٥/ص٥٦٩.

ثانيا: إجراءات الطعن في الحكم الغيابي في بعض النظم الإسلامية

خصصت مجلة الأحكام العدلية فصلا لبيان الحكم الغيابي، ولكنها لم تخرج عن المتقدمين في عد الطعن في الحكم الغيابي صورة من صور الدفع بعد الحكم، وهو بدوره يدخل في إطار نقض الحكم لأسبابه الواقعية، وهو يوازي في القانون المعاصر التماس إعادة النظر.

فقد ورد في المجلة: «إذا حضر المحكوم عليه غيابا إلى المحكمة، وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه...»[(١)].

وشرح مجلة الأحكام العدلية قد أورد تفاصيل إجرائية أخرى، وهي: «وإن الأصول لتشبث المحكوم عليه غيابا لدفع الدعوى هي على الوجه الآتي: وهو أن المحكوم عليه يقدم استدعاء للمشيخة الإسلامية، ملفوفا بها إعلام الحكم الغيابي، وهذا الاستدعاء يحول أولا إلى دائرة الفتوى العلية، ويحول من هناك إذا وجد لزوم إلى مجلس التدقيقات الشرعية، فيشرح عليها المقتضى، ثم يحول الاستدعاء المذكور إلى المحكمة التي أصدرت الحكم»[(٢)].

أي إن الطاعن يقدم صحيفة دعوى الطعن (الاستدعاء) إلى المشيخة الإسلامية، ثم يحول إلى دائرة الفتوى العلية، وقد يحول إلى مجلس التدقيقات أيضا، ثم يحول إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم.

أما مدة الطعن فقد جعلته المجلة مفتوحا، باعتبار أنه فرع عن النقض، وقد تقدم أن المجلة لم تجعل للطعن بالنقض مدة محددة، فقد ورد في شرح المجلة: «وبما أن الاعتراض على الحكم هو دفع للدعوى، فليس في الأحكام الشرعية مدة مخصوصة له، يعني ليس في الأحكام الشرعية أنه إذا اطلع المحكوم عليه على الحكم الغيابي يجب الاعتراض على الحكم في مدة ثلاثة أشهر، أو في مدة ثلاث سنوات، وأنه لا يسمع الاعتراض بعد ذلك، فلذلك يستمع دفع الدعوى، ما لم يمنع استماع الدعوى بحصول مرور الزمن»[(٣)].

ولم تتعرض المجلة - بحسب اطلاع الباحث - للمهلة التي يمهلها الطاعن في الحكم الغيابي لتقديم دفوعه بعد الطعن.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم فقد أدرج الطعن في الأحكام الغيابية ضمن حالات التماس إعادة النظر، وبالتالي فإجراءاته هي نفس الإجراءات التي سبق بيانها في الفصل

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٣٨٦ ص٣٧٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

السابق فيما يتعلق بالإجراءات العامة لجميع الحالات، أما ما يخص الطعن بالأحكام الغيابية فبيانه كالآتي:

- نص النظام على أن ميعاد التماس إعادة النظر - ومنه الطعن في الحكم الغيابي - ثلاثون يوما[١]، وأن: «يبدأ ميعاد الاعتِراض على الحُكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه، أو وكيله»[٢]، والنظام الجديد عدل تعديلا طفيفا في الصياغة، وهو أن ميعاد الاعتراض «يبدأ من تاريخ العلم بالحكم»، والعلم أشمل من التبليغ، فقد يعلم المحكوم عليه بالحكم عن طريق التبليغ، أو عن غير طريقه.
- والنظام السعودي القديم بيّن أن الإجراءات تبدأ برفع صحيفة إلى محكمة التمييز تشتمل على بيان الحكم، وأسباب الالتِماس، ثم محكمة التمييز تبعث بها إلى المحكمة المختصة للنظر في الطعن[٣]، وقد اختصرت هذه الخطوة في النظام الجديد، حيث صار الطاعن يودع صحيفة الاعتراض إلى المحكمة المختصة مباشرة[٤].

---

(١) انظر: م١٩٣ مرافعات سعودي قديم، م٢٠١ مرافعات سعودي جديد، الكاشف: ج٢/ص٢٧٦، المبسط: ص٣٥٥، المرجع: ص٤٩٢.

(٢) م١٧٦ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٠٢، المبسط: ص٢٩٦-٣٠٠، المرجع: ص٤٧٧-٤٧٨.

(٣) انظر: م١٩٤ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٨٠، المبسط: ص٣٥٥-٣٥٧، المرجع: ص٤٩٣.

(٤) انظر: م٢٠٢ مرافعات سعودي جديد.

المطلب الثاني

آثار الطعن في الحكم الغيابي

أولا: آثار الطعن في الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

تقرر آنفا أن أكثر الفقه الإسلامي ذهب إلى أن الأصل عند جمهور الفقهاء هو نفاذ الحكم الغيابي فور صدوره دون توقف على معارضة، كما تقرر وجود رأي في كتاب المغني به إشارة غير صريحة إلى توقف النفاذ على طعن المدعى عليه، بحيث يُنظر لنتيجة الطعن، فإما حكم بقبوله، وإما نفذ الحكم[١]، وقد ترجح أن المقصود بالتنفيذ هنا التأييد.

وعلى أي حال فمجرد رفع الطعن بالمعارضة في كلا الرأيين - أو الفهمين - لا أثر لها في نفاذ الحكم؛ لأن رأي الجمهور يجعل الحكم نافذا قبل المعارضة، ولا يتوقف بمجرد رفع الطعن، وعند الرأي المحتمل من عبارة المغني فالحكم ليس نافذا ابتداء، وليس نافذا بمجرد رفع الطعن؛ بل بالحكم فيه.

هذا عن أثر مجرد رفع الطعن، أما عن آثار الحكم في الطعن، فهو لا يخلو من أحد أمرين:

- إما أن ينجح الطاعن في جرح البينة، أو إثبات قضائه للمدعى به عليه، أو سبق إبراء المدعي له منه، وهنا يصدر القاضي حكما جديدا، بناء على الوقائع الجديدة، ويسقط الحكم الأول[٢]، وينبغي حينئذ الحكم بتعويض المحكوم عليه عن أي أضرار ناجمة عن تنفيذ الحكم قبل الفصل في الطعن، وهو ما أغفلته المصادر السابق ذكرها، بحسب اطلاع الباحث.
- أو أن يعجز المحكوم عليه أن يثبت أيا من ذلك في المهلة التي يحددها له القاضي، وفي هذه الحالة الثانية الحكم الأول حكما لازما، ولا يكون للطاعن أي حق في الاعتراض من جديد بنفس السبب[٣].

---

(١) انظر: المغني: ج١٠/ص٩٥.

(٢) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات: ج٣/ص٥٣١؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني الحنبلي (ت١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م): ج٦/ص٥٢٨-٥٣١.

ثانيا: آثار الطعن في الحكم الغيابي في بعض النظم الإسلامية:

رتب شارح مجلة الأحكام العدلية أثرا على رفع صحيفة الطعن في الحكم الغيابي، وهو تأخير نفاذ الحكم(١)، كما رتب على قبول الطعن إصدار حكم جديد يدفع الحكم السابق عن المحكوم عليه، أما «إذا لم يتشبث بدفع الدعوى، أو تشبث، ولم يكن تشبثه صالحا للدفع ينفذ، ويجري الحكم الواقع»(٢).

ونظام المرافعات الشرعية السعودي لا يرتب أثرا على مجرد رفع الطعن فيما يتعلق بنفاذ الحكم؛ وذلك لأن ذلك النظام يعد الطعن في الحكم الغيابي حالة من حالات الطعن بالتماس إعادة النظر، وقد سبق تقرير أن الأصل في رفع الالتماس ألا يوقف نفاذ الحكم(٣).

هذا عن أثر مجرد رفع الطعن في الحكم الغيابي، أم عن آثار الفصل في ذلك الطعن فقد سبقت الإشارة أيضا في الفصل الخاص بالتماس إعادة النظر أن نظام المرافعات السعودي قد نص على أن القرار الصادر برفض الالتماس، وكذلك الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبول الطعن لا يجوز الطعن في أي منهما بالتماس إعادة النظر(٤).

فإما أن ينجح المحكوم عليه في إثبات ما يؤدي إلى إبطال الحكم الطعين، وهنا تبطله المحكمة وتزيل آثاره، وقد تحكم أيضا بتعويض المحكوم عليه من أي أضرار ناجمة عن سبق التنفيذ، كما تحكم في موضوع القضية بالحكم البديل عن الحكم الطعين، وإما أن يخفق المحكوم عليه في إثبات ذلك، وهنا يترتب تأييد الحكم، وقد سبقت الإشارة إلى عدم عثور الباحث على ما يفيد تغريم الطاعن بالتماس إعادة النظر عند رفض طعنه في نظام المرافعات الشرعية السعودي(٥).

جدير بالذكر أن الفقهاء القانونيين المصريين والفرنسيين اختلفوا في أثر رفع الطعن في محو الحكم الطعين، فذهب بعضهم إلى أن مجرد رفع الطعن يمحو الحكم الغيابي، ويعيد الخصوم إلى ما كانوا عليه، انتظارا لصدور الحكم الجديد، وذلك تأسيسا على أن المعارضة ليس طرحا لخصومة جديدة، وذهب آخرون إلى أن المعارضة هي خصومة جديدة منفصلة عن الخصومة التي صدر فيها الحكم الأول، بحيث يصير فيها المعارِض مدعيا، والمعارَض ضده مدعى عليه، فيظل الحكم الغيابي قائما بوصفه حكما قطعيا حائزا للحجية، إلى أن يصدر الحكم في المعارضة(٦).

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨١.

(٢) السابق: ج٤/ص٦٨١-٦٨٢.

(٣) انظر: م١٩٢/٤ مرافعات سعودي قديم؛ م٢٠٢/٢ مرافعات سعودي جديد.

(٤) انظر: م١٩٥ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٨٦؛ المبسط: ص٣٥٧؛ المرجع: ص٤٩٤-٤٩٥.

(٥) انظر: ص٢٥٧ من هذا البحث.

(٦) انظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٥٤-٨٥٦ بند٥٩٧.

لكن هذا الخلاف لا أثر له في النفاذ، لأن النفاذ يكون بعد اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي فيه، وهذه القوة يكتسبها الحكم الذي لم يَعد عرضة لأي من طرق الطعن العادية: وهي المعارضة والاستئناف[١].

(١) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٨-٨٩٩ بند٥١١.

المطلب الثالث
المقارنة والترجيح

أولا: وجه الاتفاق

لم يتبين للباحث أي وجه شبه في هذا المبحث، لاسيما أن القانون المصري يغيب عن أطراف المقارنة بإلغاء الطعن بالمعارضة في المواد المدنية والتجارية، وكذلك القانون اليمني والسوداني؛ لأنهما اعتبرا سائر الأحكام في الدعاوى المدنية والتجارية كالحضورية.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: إجراءات الطعن في الحكم الغيابي:

١- **في الفقه الإسلامي:**

الطعن في الحكم الغيابي شأنه شأن النقض، أو الدفع بعد الحكم، فيمكن أن يكون - بحسب بعض الفقهاء - لدى أي قاض، ويشترط لدى آخرين أن يكون لدى نفس القاضي.

ويتاح للخصم أن يعرف الأدلة التي قدمها المدعي، وأسماء الشهود، ويمهل حتى يستطيع أن يجهز دفوعه وأدلته، وقيل لا يمهل أكثر من ثلاثة أيام، وقيل للجلسة التي تليها، وقيل يترك تقدير المدة للقاضي.

٢- **في النظم الإسلامية:**

مجلة الأحكام العدلية اتبعت نهج القدماء في عد الطعن في الحكم الغيابي صورة من صور الدفع بعد الحكم، فاشترطت تشبثه بدعوى صالحة لدفع الحكم؛ لكي تسمع دعواه، فإن لم يكن لديه دفعا صالحا لا تسمع دعواه أصلا، وإجراءات ذلك أن الطاعن يقدم صحيفة دعوى الطعن (الاستدعاء) إلى المشيخة الإسلامية، ثم يحول إلى دائرة الفتوى العلية، وقد يحول إلى مجلس التدقيقات أيضا، ثم يحول إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، وأما ميعاد الطعن فقد جعلته المجلة مفتوحا ما لم يوجد مانع من إعادة القضية بمرور الزمن.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم والحديث فقد أدرجا الطعن في الأحكام الغيابية ضمن حالات التماس إعادة النظر، فنصا على أن ميعاد التماس إعادة النظر - ومنه الطعن في الحكم الغيابي - ثلاثون يوما من تاريخ تبليغه بالحكم، أو إعلامه به، أو وكيله، والنظام السعودي القديم بيّن أن الإجراءات تبدأ برفع صحيفة إلى محكمة التمييز تشتمل على بيان الحكم، وأسباب الالتِماس، ثم محكمة التمييز تبعث بها إلى المحكمة المختصة للنظر في الطعن، وقد اختصرت هذه الخطوة في النظام الجديد؛ حيث صار الطاعن يودع صحيفة الاعتراض إلى المحكمة المختصة مباشرة.

الاختلاف الثاني: آثار الطعن في الحكم الغيابي:

١- في الفقه الإسلامي:

إذا رفع الطاعن في الحكم الغيابي صحيفة الطعن إلى الجهة المختصة فالأصل ألا يترتب على هذا الإجراء وقف تنفيذ الحكم، وبعد ذلك إما أن ينجح الطاعن في جرح البينة، فيصدر القاضي حكما جديدا، ويسقط الحكم الأول، وإما أن يعجز المحكوم عليه أن يقنع المحكمة بدفعه، فيكون الحكم الأول حكما لازما، ولا يجوز للمحكوم عليه الاعتراض من جديد بنفس السبب.

٢- في النظم الإسلامية:

- أما مجلة الأحكام العدلية فترتب أثرا على رفع صحيفة الطعن في الحكم الغيابي، وهو تأخير نفاذ الحكم، وترتب على قبول الطعن دفع الحكم السابق، أما الحكم برفض الطعن فترتب عليه تأييد الحكم الأول، وبالتالي تنفيذه.
- وأما نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم، وكذلك الحديث فلا أثر فيهما يترتب على مجرد رفع الطعن فيما يتعلق بنفاذ الحكم، وأما آثار الحكم في الطعن فهي كالآتي:
  - إن قبلت المحكمة الطعن تترتب الآثار الآتية:
    - تبطل المحكمة الحكم الطعين، وتزيل آثاره
    - قد تحكم المحكمة أيضا بتعويض المحكوم عليه من أي أضرار ناجمة عن سبق التنفيذ
    - تحكم المحكمة في موضوع القضية بالحكم البديل عن الحكم الطعين
    - عدم جواز الطعن في الحكم الجديد بالتماس إعادة النظر.
  - أما إذا رفضت المحكمة الطعن فيترتب ما يأتي:
    - تأييد الحكم
    - عدم جواز الطعن في قرار رفض الطعن بطريق التماس إعادة النظر.

الفصل الرابع
الطعن بطريق الاستئناف

ويشتمل على المباحث الآتية:

- المبحث الأول: ماهية الاستئناف
- المبحث الثاني: الاستئناف والتقاضي على درجتين، شرعا وعقلا
- المبحث الثالث: محكمة الاستئناف
- المبحث الرابع: ما يجوز استئنافه وما لا يجوز
- المبحث الخامس: الخصوم في الطعن بالاستئناف
- المبحث السادس: إجراءات الطعن بالاستئناف وآثاره.

المبحث الأول
ماهية الاستئناف

الاستئناف لغة:

هو ابتداء العمل من أوله، وهو ماخوذ من كلمة (أنْف)، باشتقاق مجازي، وعلاقة الاستئناف بالأنف أن «الأنف من كل شيء: أوله، أو أشده... وكأس أُنُف: لم يشرب بها قبل ذلك، كأنه استؤنف شربها»[(١)]، ومنكروا القدر قالوا: «الأمر أُنُف»[(٢)]: أي لا يوجد تقدير من الخالق يسبق الأفعال التي نفعلها.

فالاستئناف في اللغة يعني ابتداء العمل من أوله، وكأنه لم يُعمل من قبل.

الاستئناف اصطلاحا:

لقد استخدم الفقهاء المسلمون الاستئناف بمعناه اللغوي بصفة عامة، كما استخدموه بهذا المعنى بشكل أخص في باب القضاء.

فأما استخدامه في الفقه الإسلامي بصفة عامة، فمثاله قول ابن عباس ﵄: «إذا جامع المعتكف بطل اعتكافه، واستأنف»[(٣)]، وقول الإمام الشافعي: «وإذا وضأ الرجل وجهه ويديه، ثم أحدث استأنف الوضوء»[(٤)]، أي بدأه من أوله، ومن ذلك قول الإمام مالك: «الأذنان من الرأس، ويستأنف لهما الماء»[(٥)]، أي يؤتى لهما بماء جديد لم يسبق استعماله.

ومن أمثلة استخدامه في باب القضاء ما جاء في البيان والتحصيل عن القاضي إن عزل بسبب الجور، أو مات، وهو معروف بالجور، قال: «نقضت أحكامه، وأمر الخصوم باستئناف الخصام»[(٦)]، كما ذكر الشيخ علي حيدر شارح المجلة أعمال القاضي بعد الحكم، ومنها أن: «يخرج الإفادات الغير اللازمة في الدعوى؛ لأن ذكر إفادات غير مفيدة في الدعوى اشتغال بالعبث، ويوجب ذلك الإشكال

---

(١) تاج العروس: مادة (أ ن ف) ج٢٣/ص٤٣.

(٢) لسان العرب: مادة (أ ن ف) ج١/ص١٥٢، تاج العروس: مادة (أ ن ف) ج٢٣/ص٤٣.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة: ج٦/ص٣١٠ كتاب الصيام - «ما قالوا في المعتكف يجامع...»، والأثر صحيح قال عنه الألباني: «إسناد صحيح على شرط الشيخين » إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م): كتاب الاعتكاف، ج٤/ص١٤٨.

(٤) الأم: ج١/ص٤٧.

(٥) المدونة: ج١/ص١٢٤.

(٦) البيان والتحصيل: ج٩/ص٢٥٥.

عند تدقيق الإعلام استئنافا، أو تمييزا»(١)، وقد تعرضت الدراسة في باب النقض للمادة (١٨٣٨)، وهي تنص على أنه: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا يستأنف»(٢)، وفي جميع هذه النقول تظهر الدلالة اللغوية للاستئناف، وهي ابتداء نظر القضية من جديد، كأن لم تنظر من قبل، ويلاحظ أيضا أن أكثر استخدامات هذا المصطلح في باب القضاء بمعنى إعادة نظر الأحكام التي تم نقضها.

ويلاحظ أن العرب حين نقلوا القوانين الأوربية لم ينقلوها حرفيا، بل كان هناك تصرف في الترجمة؛ حيث إن الاستئناف في معظم اللغات الأوربية استخدم مادة لغوية لا علاقة لها بالاستئناف، وهي في تلك اللغات تدور دلالتها اللغوية الأصلية حول: الطلب الحثيث، أو الالتماس، أو الدعاء، أو النداء(٣)، وهو المعنى الذي استخدمه القانونيون الغربيون، فكأن من يقوم بذلك العمل يلتمس حثيثا، أو يستغيث بالمحكمة العليا أن تنظر في القضية بعد ما شاب الحكم الأول من خطأ أو تقصير.

أما العرب فجعلوا لفظ (الاستئناف) مقابلا للفظ Appeal في مجال القانون، مع أن الدلالة اللغوية البحتة لأحدهما تغاير دلالة الآخر مغايرة واضحة، مما يعكس تصرفا في الترجمة العربية باستخدام السياق، والمعنى العام، لا مجرد ترجمة حرفية.

وتبدو وجاهة الفكر القانوني الغربي حين إطلاق لفظ Appeal في أن إعادة نظر الخصومة من جديد ليس مرتبطا فقط بالاستئناف (بالمعنى القانوني المعاصر)؛ لأن إعادة النظر قد يحدث بعد نقض الحكم، وبعد قبول التماس إعادة النظر، وبعد قبول الطعن بالمعارضة، فلا يكون أحدهما أولى بهذه التسمية، وقد رأينا كيف استخدمه فقهاء الشريعة الإسلامية لغرض إعادة النظر في موضوع القضية بعد نقض حكمها.

ولكن وجاهة الترجمة العربية تبدو في أن الاستئناف فيه مجرد بدء القضية بغض النظر عن الأسباب، ففي نظر موضوع الحكم المنقوض يكون النقض هو سبب إعادة نظر الخصومة، وبدئها من جديد، وفي المعارضة يكون الغياب مبررا لذلك، وفي التماس إعادة النظر يكون الغش وما أشبهه سببا، فكان إطلاق الاستئناف على إعادة البدء مجردا وبدون أسباب إطلاقا منطقيا.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٦٢.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٣) انظر: قاموس المورد، إنجليزي-عربي، منير بعلبكي، د.ط، د.ت: كلمة Appeal ص٥٥، وانظر: كلمة Appel في الفرنسية في الموسوعة الإلكترونية collinsdictionary، وكلمة Appello في قاموس اللغة الإيطالية Il Dizionzrio di Arabo، تأليف إيوي بالديسيرا، الناشر زينيكلي، ط١، ٢٠٠٤: ص٤٦.

الاستئناف في الاصطلاح القضائي المعاصر:

تبين أن فقهاء الشريعة لم يصطلحوا على معنى خاص للفظ الاستئناف، وأنهم استخدموه بالمعنى اللغوي، واستخدموه في باب القضاء بمعنى إعادة بدء الخصومة، بغض النظر عن كون ذلك في باب النقض، أو في غيره.

أما في القضاء الوضعي المعاصر فإن الاستئناف يعرف بأنه: «طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، يرفع إلى محكمة أعلى درجة من بين محاكم الدرجة الثانية، بهدف تعديل الحكم، أو إلغائه»[١].

أما كونه طريقا عاديا للطعن في الأحكام، فقد تقرر أن القانون الوضعي يميز بين طرق الطعن، ويجعلها تنقسم إلى قسمين: طرق الطعن العادية: وهي الاستئناف والمعارضة، وطرق الطعن غير العادية: وهي النقض والتماس إعادة النظر.

وهذه القسمة يفسرها لنا بعض الباحثين[٢] خلال شرحه لطرق الطعن العادية فيقول:

«وسميت كذلك لسببين:

(أ) أن الأصل فيها أنه يجوز للمحكوم عليه ولوجها، ما لم ينص القانون على غير ذلك

(ب) أن القانون لم يحصر أسبابها، فلمن صدر عليه الحكم أن يرتكن في طعنه على ما شاء من الأسباب... ونتيجة ذلك، لا يلزم الطاعن بإقامة الدليل على حقه في الطعن؛ لأن الأصل هو جواز الطعن ما لم ينص القانون على غير ذلك».

وهناك مظهر آخر للطعن بالاستئناف، وهو أن الأصل فيه أن يوقف تنفيذ الحكم[٣]، وقد تستثنى من ذلك حالات معينة، كالأحكام الانتهائية، أو المشمولة بالنفاذ العاجل، أو غير ذلك مما ستعرض له الدراسة لاحقا.

إذن يمكن تقرير أن أبرز الملامح المميزة للاستئناف بالمعنى القانوني المعاصر هي كالآتي:

١- أن الأصل هو إتاحته لكل محكوم عليه بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها في الطعن.

٢- أن الأصل فيه أنه يوقف تنفيذ الحكم؛ لأن الحكم قبله - وإن حاز الحجية - فإنه لا يكون قد اكتسب قوة الأمر المقضي به.

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١٠٧ بند٦٢٤.

(٢) السابق: ص١٠٠٥ بند٥٧٣.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٢، م١٩٨ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٣٠٧؛ المبسط: ص٣٨٨، المرجع: ص٤٩٩.

٣- أنه من المعنى اللغوي والقانوني للفظ الاستئناف يتاح بموجبه إعادة نظر موضوع القضية أمام قضاء أعلى درجة، وليس فقط ينظر في مدى موافقة القضاء الأول، أو مخالفته للقانون.

وهذه العناصر الثلاثة ستظل حجر الزاوية في المقارنة بين الاستئناف في القانون الوضعي، والتمييز العثماني، والاستئناف والتمييز السعوديين، وفي بحث مشروعية الاستئناف، وآراء الفقهاء المسلمين عموما.

الصور المشابهة أو المقاربة للاستئناف في النظم الإسلامية:

يعد التمييز في مجلة الأحكام العدلية قسيما للنقض من ناحية الاعتراض أو الطعن، ويعد قريبا من الاستئناف بالمعنى المعاصر على ما سيتبين تفصيلا في الصفحات اللاحقة، أما في الأنظمة السعودية فقد كان التمييز يجمع بين النقض والاستئناف، وذلك قبل التعديل الأخير، حيث ألغي التمييز ليحل محله الاستئناف والنقض، أما التمييز في أنظمة عربية أخرى كقانون المرافعات القطري – وهو خارج نطاق هذه الدراسة – فيعد مرادفا للنقض[1]، مما يستلزم استعراض الصور المشابهة، أو المقاربة للاستئناف في النظم الإسلامية؛ لمعرفة النظم الإسلامية الجديرة بالدراسة في هذا الفصل.

بداية، ينبغي تقرير صعوبة تطبيق الاستئناف في النظام القضائي المستند إلى الترجيح الكامل للقضاة؛ لأن بعض القضاة ربما رأى باجتهاده حرمة الاستئناف، ووجوب أن يكون حكمه نافذا من أول الأمر، وربما رأى بعضهم جواز إعادة نظر القضية، فتضطرب أمور الناس اضطرابا عظيما؛ لذا فمن المصلحة أن يكون للأمر ضابط من قانون عام يسنه ولي الأمر، أو الهيئة التي تنوب عنه في ذلك، وهذا القانون يجعل نظام القضاء مستندا إليه، وليس إلى ترجيحات القضاة، ولعل هذا يبرر عدم ظهور الفقه القضائي الترجيحي عن معظم مباحث هذا الفصل ومسائله.

والواقع أن هناك صورا في النظم القضائية الإسلامية المستندة إلى القانون تشابه الاستئناف، طبقها المسلمون إما عن قناعة بمشروعيته، وإما عن تقليد لما جلبته الحضارة الغربية حين أطلت على المشرق، فبهرته بزخرفها، وتقدمها الصناعي.

فلابد من دراسة هذه الصور القضائية، لمعرفة مدى جدارتها بالدراسة في هذا الفصل، بمعنى أنه إن ظهر أنها تشترك مع الاستئناف في أهم الخصائص فهي جديرة أن تكون طرفا في الدراسة المقارنة لموضوع الاستئناف، وإن ظهر أنها لا تحمل أهم السمات المميزة للاستئناف، فلابد أن تستبعد من هذا الفصل.

---

(١) انظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص١٠٦ وما بعدها.

أولا: بين التمييز العثماني والاستئناف الوضعي:

تعرضت مجلة الأحكام العدلية لما يُظن أنه جدير بالبحث في فصل الاستئناف، وهو ما أسست له المادة (١٨٣٩) التي تنص على أنه: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا ينقض»[(١)].

فيلاحظ أن هذه المادة جعلت للمحكوم عليه أن يطعن بالتمييز - إن صح التعبير - لمجرد عدم قناعته الشخصية بالحكم، وذلك بخلاف المادة التي تناولت النقض، وهي المادة (١٨٣٨)؛ حيث أوجبت أن يبين الطاعن سبب الطعن بالنقض، فقالت: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته، وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا يستأنف»[(٢)]، فهذه المادة جعلت على الطاعن أن يبين جهة عدم موافقة الحكم للأصول المشروعة المنصوص عليها، والمفسرة في شرح المجلة بالقرآن والسنة المشهورة والإجماع[(٣)].

فالتمييز العثماني يتحقق فيه الملمح الأول من ملامح الاستئناف القانوني المعاصر، وهو أن الأصل إتاحته لكل طاعن، بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها.

أما فيما يتعلق بإيقاف التمييز العثماني لتنفيذ الحكم فقد نص القانون العثماني على أن: «مستدعي التمييز المحكوم عليه يقدم لائحته الاعتراضية، مع صورة الإعلام المصدقة، مع استدعاء إلى الحكومة المحلية، وترسل الأوراق المذكورة من الحكومة المحلية إلى باب الفتوى، ويؤخر تنفيذ الإعلام لنتيجة القرار»[(٤)]، ومعنى هذا أن التمييز العثماني يحقق أيضا الملمح الثاني من ملامح الاستئناف الرئيسة المذكورة آنفا، وهو وقف تنفيذ الحكم - إلا في حالات استثنائية - لأجل الاستئناف.

ورغم وجهي الشبه الذين ثبتا بين التمييز العثماني، والاستئناف القانوني المعاصر، يوجد ثمة اختلاف كبير، وهو أن الجهة التي تنظر في طلب التمييز العثماني لا تحكم في موضوعه، بل تعيده إلى ذات المحكمة التي قضت بالحكم الأول، أو إلى محكمة أخرى غيرها من محاكم الدرجة الأولى، أي إن الجهة القائمة بالتمييز تكتفي بتدقيق الحكم، فإما أن تؤيده لخلوه مما يستدعي إعادة نظره، أو تعيده إلى محاكم الدرجة الأولى؛ لتنظر فيه استئنافا إذا رأت ذلك، أما في الاستئناف في القانون الوضعي فإن محاكم الدرجة

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٩ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٨ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٨٦.

(٣) انظر: ص١٠١-١٠٤ من هذا البحث.

(٤) السابق: ج٤/ص٦٩١.

الأولى تكون بحكمها الأول قد استنفدت ولايتها على موضوع القضية، في حين لا تقتصر وظيفة محكمة الاستئناف على مراقبة سلامة التطبيق القانوني، وإنما أيضا يكون رفع الاستئناف قد نقل موضوع النزاع برمته لمحكمة الاستئناف لتفصل فيه.

إن هذا الاختلاف في التمييز العثماني يكاد يطيح بالمبدأ الأساسي في الاستئناف الوضعي، وهو التقاضي على درجتين؛ إذ إن التمييز العثماني يعيد الموضوع إلى ذات المحكمة، أو غيرها من محاكم أول درجة، ولكنه قد يعتبر على كل حال إعادة نظر للموضوع، ولكن بكيفية مختلفة، وعلى أسس مختلفة، وهو ما سوف نستعرضه في الدراسة المقارنة، وهي دراسة لا يؤثر فيها كون إعادة نظر القضية مبنيا على أسس فكرية، وقناعات مختلفة، بل ربما كان الخلاف في الفلسفات والأسس العقلية أمرا واردا ومتوقعا.

وهناك سمة أخرى مهمة في التمييز العثماني، وهي أنه يقتصر نظر هيئة التمييز فيه على مدى موافقة الحكم أو مخالفته للأصول المشروعة، ففي حال موافقته لها فإن هيئة التمييز تؤيده، وفي حالة مخالفته لها، فإن محكمة التمييز تنقضه، وتحيل القضية للمحكمة التي أصدرته، أو إلى غيرها حسب التفصيل الذي سنعرض له فيما بعد.

وهو فرق جوهري كذلك؛ لأن في التمييز العثماني لا تُعمل هيئة التمييز سلطتها التقديرية الخاصة بها عند تأييد الحكم أو نقضه؛ بل تبحث موافقة الحكم للأصول المشروعة، أو مخالفته لها، مما جعل التمييز أشبه بالرقابة القانونية النقضية على الأحكام، ومن تلك الأصول المشروعة عند المجلة مبدأ عدم نقض الاجتهاد السابق باجتهاد لاحق(١)، وقد سبق في فصل الطعن بالنقض تقرير أن قاضي النقض لا يملك إعمال سلطته التقديرية بشأن صحة الحكم أو خطئه، حيث قال الشيخ علي حيدر شارح المجلة: «لو كان القاضي الأول حنفيا، وحكم بموجب مذهبه وعرض الحكم ثانية على القاضي الشافعي فليس للقاضي الثاني المذكور نقض الحكم، بل عليه تنفيذه»(٢).

فالتمييز العثماني، ما هو إلا تدقيق الحكم من حيث موافقته للأصول المشروعة؛ حيث نصت المادة (١٨٣٩) على أنه: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم، يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا ينقض»(٣)

وهذا معناه أن القائم بالتدقيق من خلال التمييز لا يعمل سلطته التقديرية لموافقة الحكم أو مخالفته للشريعة، وإنما يتقيد بوجهة نظر القاضي الذي أصدر الحكم، طالما أنه لم يخالف القاطع من الأدلة، وحينئذ ينفذ القاضي الثاني الحكم السابق، ويؤيده وإن خالف رأيه.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٦ ص١٨؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج١/ص٣٤.

(٢) السابق: ج٤/ص٦٨٦.

(٣) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٩ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

ثانيا: بين تصفح الحاكم أو نائبه والاستئناف الوضعي:

تقرر في فصل النقض أن التصفح (أو التعقب) هو إجراء رقابي كان يقوم به الحاكم العام أو من ينوب عنه؛ حيث يقوم المتصفح بتعقب أحكام القاضي السابق، ويعيد النظر فيها، وفي سجلاتها، فما رآه مستحقا للنقض نقضه، وما رآه مستحقا للإمضاء أمضاه. ورأينا أن الفقهاء قد أقروا للقاضي اللاحق حق تعقب أحكام القاضي السابق في أحوال معينة، واختلفوا حول جوازه في أحوال أخرى، لاسيما إذا كان القاضي السابق مشهورا بالعدل والعلم.

ولأن التصفح يشبه ولو من الناحية اللغوية التمييز، فكان لزاما أن نتعرض له هاهنا، من حيث علاقته بالتمييز والاستئناف، فإن كان منهما فهو حري أن يدرس في هذا الفصل، وإن كان لا يعد منهما من حيث أحكامه وآثاره، فهو بذلك جدير أن يكتفى بدراسته في فصل النقض.

والتصفح لغة هو عرض الأمر، والنظر فيه من جوانبه للبحث عن شيء، فقد جاء في المحكم والمحيط الأعظم: «وصَفَحَ القوم صَفْحا: عرضهم واحدا واحدا، وكذلك صفَح ورق المُصْحَفِ، وصفَح الأمر وتصَفَّحه، نظر فيه، وصَفَح القوم وتصَفَّحهم، نظر إليهم طالبا لإنسان»[١].

أما التمييز في اللغة هو صيغة تفعيل من الأصل الثلاثي الأجوف (ماز - يميز)، والتمييز معناه عزل الشيء المميز، وفرزه، وفصل بعضه عن بعض، وتفضيل ما يستحق التفضيل، وتحقير ما يستحق التحقير[٢].

وقد يلاحظ التشابه اللغوي بين التمييز والتصفح؛ لأن كلاهما يعني النظر في أحكام القضاء بهدف البحث عن ما يستحق النقض، وتمييزه عن غيره، ثم معاملته بما يستحق.

لكن من الناحية الاصطلاحية القضائية هل هما مترادفان؟ الإجابة على هذا السؤال تقتضي تحديد المعنى الاصطلاحي المقصود من التمييز، فقد تقرر أنه أخذت بعض النظم بالتمييز بمعنى النقض، ومن ذلك المملكة الأردنية الهاشمية، وقطر[٣]، وأخذت نظم أخرى بالتمييز بمعنى الاستئناف، ومن ذلك التمييز العثماني كما تبين.

فالتصفح من الواضح أنه لا يمنع من تنفيذ الأحكام قبله، فلم يُرو قول واحد - بحسب اطلاع الباحث - بوقف نفاذ أحكام القضاة إلى أن يتصفحها الحاكم، أو من ينوب عنه، كما أن تظلم أحد الخصوم لا يندرج تحت التصفح؛ لأن المتظلم لابد أن يبين جهة مخالفة الحكم للشرع أو القانون،

---

(١) المحكم والمحيط الأعظم: مادة (ص ف ح) ج٣/ص١٦٣.

(٢) انظر: الصحاح: مادة (م ي ز) ج٣/ص٨٩٧؛ لسان العرب: مادة (م ي ز) ج٤٨/ص٤٣٠٧؛ القاموس المحيط: مادة (م ي ز) ج٢/ص١٩١.

(٣) انظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص١٠٦.

ومن هنا فالتصفح يباين التمييز بمعنى الاستئناف؛ لأنه يفتقد إلى الملمحين الأساسيين وهما: ١- كون الأصل فيه إيقاف تنفيذ الأحكام، ٢- إتاحته لكل محكوم عليه بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها.

فالتصفح يعتبر ضربا من ضروب النقض، أي إعادة النظر في الأحكام لفصل الصحيح عن الخطأ، ثم معاملة كلٍّ بما يستحق، إن كان صحيحا يؤيد، وإن كان خطأ ينقض، وهو عين ما تقوم به محكمة النقض في أي نظام، على أن التصفح يتميز عن النقض بأنه يتم دون طاعن من الخصوم.

والتصفح يكاد يشبه ما عرف في القانون المصري بطعن النائب العام لمصلحة القانون، وهو صورة من صور النقض، تتم بغير طاعن من الخصوم، وتتم بواسطة مسئول من الدولة، وقد تعرضت الدراسة لذلك في الفصل الخاص بالنقض.

وبهذا يتقرر أولا أن التصفح ليس جديرا بالبحث في هذا الفصل المخصص للاستئناف؛ لأن الأصل في الاستئناف وقف نفاذ الحكم من أجله، وأنه متاح لجميع الخصوم بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها.

ثالثا: بين التمييز السعودي والاستئناف الوضعي:

يقصد بالتمييز السعودي التمييز الذي كان معمولا به في المملكة العربية السعودية قبل تعديل نظام القضاء عام ١٤٢٨هـ[1]؛ حيث تم استحداث محكمة الاستئناف، وتم استبدالها مع المحكمة العليا بمحكمة التمييز السابقة على تاريخ إصدار هذا التعديل.

فالتمييز السعودي الذي كان معمولا به قبل ذلك التاريخ كان بديلا للنقض والاستئناف معا، ولذلك كان جديرا أن يدرس مدى قربه من المفاهيم العامة للاستئناف؛ وذلك لتقرير مدى صحة دراسته في هذا الفصل.

الأصل أن تمييز الحكم القضائي في ذلك النظام كان حقا لكل محكوم عليه بغض النظر عن مشروعية الأسباب التي بني عليها الاعتراض بالتمييز، حيث نصت المادة (١٧٩) من ذلك النظام على أن: «جميع الأحكام تكون قابلة للتمييز باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى، بقرار يصدر من هيئته العامة، بناء على اقتراح من وزير العدل...»[2]، وقد ارتبط التمييز السعودي بقناعة المحكوم عليه، شأنه في ذلك شأن التمييز العثماني، فجعل المحكوم عليه يُطلب منه بعد الحكم التوقيع على قناعته بالحكم، أو عدم قناعته في ضبط القضية، فإذا وقع بالقناعة فإن

---

(١) راجع: نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) والتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

(٢) م١٧٩ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢١٨، المبسط: ص٣٠٥، المرجع: ص٤٨٢ - ٤٨٣.

الحكم يكتسب القطعية التنفيذية[١].

فالقناعة في النظام السعودي تعني الرضا بالحكم، بحيث لا يقبل اعتراض معها بعد ذلك، ومن تطبيقات ذلك أن حكم مجلس القضاء الأعلى في شكوى اعتراضية قدمها محكوم عليه، في حكم حكمت به عليه المحكمة الكبرى بالرياض بإلزامه تسليم أرض باعها للمدعي، فكتب مجلس القضاء الأعلى إلى القاضي يطلب الإفادة، فجاء في رده أن المدعى عليه: «جاء في كتابه اعتراف منه بالتوقيع على الحكم بالقناعة، والتوقيع في الضبط صريح، ونظرا لوجود القناعة، وهو عاقل فاهم فإنه وإن لم تكن الشهادة في كامل الصراحة إلا أن قناعة مثله كافية»[٢].

والقناعة تكون سببا في اكتساب الحكم القطعية، وهي تقابل قوة الشيء المحكوم به، أما إذا وقّع المحكوم عليه بعدم قناعته فإنه يعطى صورة صك من الحكم لتقديم لائحة اعتراضية على الحكم[٣]، ويذكر في تلك اللائحة الأسباب التي بني عليها اعتراضه، ولكن مشروعية هذه الأسباب، لا تؤثر في قبول الاعتراض شكلا؛ حيث لم يحصر النظام الأسباب المشروعة للاعتراض[٤]، وهو نفس الأمر في قانون المرافعات المصري[٥].

إذن فالتمييز السعودي يتفق مع الاستئناف الوضعي في أن الأصل إتاحة الفرصة أمام كل محكوم عليه للاعتراض على الحكم بهذه الطريق، بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها.

أما إيقاف التنفيذ لأجل التمييز، فيبدو أن ذلك هو الأصل في النظام السعودي؛ وذلك لأنه «لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا قبل اكتساب الحكم للقطعية...»[٦]، والأحكام القطعية هي التي صدرت أو صدقت من محكمة التمييز، أو التي فات ميعاد الاعتراض عليها، أو الأحكام المستثناة بقرار مجلس القضاء الأعلى[٧]، وبالتالي فإن الأصل في التمييز أنه يوقف التنفيذ الجبري للأحكام القضائية التي تصدر من قضاة أول درجة.

وبذا يثبت أنه في التمييز السعودي - في النظام المعدل - يتوافر ملمحان أساسيان من الملامح المتخذة معيارا للاستئناف، أما الملمح الثالث، وهو سلطة محكمة التمييز على موضوع القضية، فمن

---

(١) انظر: م٦٨ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج١/ص٣٤٢.

(٢) مدونة الأحكام القضائية: ج١/ص٢٨- قرار مجلس القضاء الأعلى رقم٦/٤٨٢ بتاريخ ١٤٢٠/٨/٢٩هـ.

(٣) انظر: م٦٨/٤ مرافعات سعودي قديم.

(٤) انظر: السابق: م١٨٤.

(٥) انظر: م٢١٩ مرافعات مصري.

(٦) م١٩٨ مرافعات سعودي قديم؛ وانظر: الكاشف: ج٢/ص٣٠٧؛ المبسط: ص٣٨٨؛ المرجع: ص٤٩٩.

(٧) انظر: م١٩٧ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٣٠٧؛ المبسط: ص٣٨٨؛ المرجع: ص٤٩٨.

الواضح أنها - أيضا - في الأصل سلطة رقابية على كون الحكم موافقا للأصول، أو غير موافق لها، ثم تقوم بإحالته الموضوع إلى نفس القاضي، أو قاض آخر - حسب تفصيل يُعرض فيما بعد - ليفصل فيه، بمعنى أنها قد تؤيد الحكم في حال موافقته للأصول، أما في حالة عدم موافقته للأصول ونقضه، فالأصل ألا تحكم هي في الموضوع، بل تحيله إلى قضاة الدرجة الأولى، ليعيدوا النظر فيه، ويكون حكمهم قابلا للتمييز أيضا(١).

ومن هنا يختلف التمييز السعودي عن الاستئناف الوضعي في أن الأصل في التمييز السعودي إحالة القضية في حالة النقض إلى قاض آخر، ليعيد نظر الموضوع، أما محكمة الاستئناف المصرية فهي تمثل درجة ثانية كاملة من التقاضي، بعد أن تكون محكمة الدرجة الأولى قد استنفدت ولايتها على القضية، فالأصل أن لمحكمة الاستئناف سلطانا كاملا في نظر موضوع القضية، وإعمال سلطتها التقديرية التي لا تتقيد بما حكمت به المحكمة الأولى.

يضاف إلى ذلك أيضا الاختلاف الذي سبق تقريره بين التمييز العثماني والاستئناف المصري، فالتمييز السعودي أيضا يراعي وجهة النظر الشرعية الخلافية للقاضي الذي أصدر الحكم المعترض عليه، حيث ينص النظام على أنه «إذا وجدت محكمة التمييز أن منطوق الحُكم موافِق من حيث نتيجته لأصولِه الشرعية صدقته، مع توجيه نظر القاضي إلى ما قد يكون لها من ملحوظات»(٢) والملحوظات هنا هي غير المؤثرة على تصديق الحكم.

وقد أشار بعض الباحثين(٣) إلى الخلاف حول كون التمييز السعودي يعادل الاستئناف، ويعد بالتالي درجة ثانية من درجات التقاضي، أو يقوم على درجة واحدة، ولا يعد بالتالي معادلا للاستئناف، وانتهى إلى القول بأنه: «لا يجب أن يفوت في هذا المقام الإشارة إلى أن الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية كدرجة تقاض له طابعه الذي يميزه دون غيره من أنظمة الطعن في الدول الأخرى، ويرجع السبب في ذلك إلى قواعد الشريعة الإسلامية، تلك القواعد التي تقتضي بأن(٤) القاضي مجتهد، وأن الاجتهاد لا ينقض بمثله؛ لذلك فإن محكمة التمييز عندما تنظر في الطعن المرفوع أمامها لا تنظره على النحو المقرر لدى محاكم الاستئناف بالدول الأخرى، بمعنى أن الاستئناف في الدول الأخرى يعيد النظر في القضية موضوعا، وهو ما يعرف بالأثر الناقل للاستئناف، أما في الشريعة فالحكم - كما سنوضح لاحقا - هو عنوان الحقيقة غير قابل للنقض طالما توافرت شروطه

(١) انظر: م١٨٣-١٨٨ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٣١-٢٤٣؛ المبسط: ص٣٠٧-٣٠٨؛ المرجع: ص٤٨٦-٤٨٨.
(٢) م١٨٥ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٧-٣٠٨، المرجع: ص٤٨٦.
(٣) انظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص١٠١-١٠٢.
(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «أنَّ».

الشرعية، وبني على أسس سليمة، فلا يوجد قاض أعلى من قاض، ولا محكمة أعلى من محكمة».

ولكن رغم هذا الاختلاف فقد كانت أوجه الشبه أكثر؛ لذا فإن التمييز السعودي جدير أن تشتمل عليه الدراسة المقارنة في هذا الباب.

رابعا: بين الاستئناف السعودي والاستئناف الوضعي:

في نظام المرافعات السعودي الجديد تم النص لأول مرة على الاستئناف بلفظه ومفهومه، وصار الاعتراض بالاستئناف له أحكام منفصلة عن الاعتراض بالنقض، مع اتفاقهما في الأحكام العامة.

والاستئناف السعودي الجديد لم يختلف كثيرا عن التمييز، على الأقل في الملامح الأساسية التي بها يكون مشابها للاستئناف الوضعي، والتي بها صار جديرا بالدراسة المقارنة في هذا الفصل، وبيان ذلك كالآتي:

نصت المادة (١٨٥) في فقرتها الأولى على أن «جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تكون قابلة للاستئناف، باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء»، ونظرا لأن النظام لم ينص على أسباب معينة لقبول الاعتراض بالاستئناف، فيكون الأصل هو إتاحة الاستئناف لكل محكوم عليه، بغض النظر عن مشروعية الأسباب التي يبنى علها الاعتراض.

ويلاحظ هنا أن النظام السعودي قد نص على «محاكم الدرجة الأولى»، وكان قبلُ لا يذكرها في المادة المناظرة التي كانت تقول: «جميع الأحكام تكون قابلة للتمييز...»

وفيما يتعلق بالتنفيذ الجبري، فالأصل في هذا النظام أيضا أن الحكم لا يكتسب القطعية (أي قوة التنفيذ) إلا بعد مرحلة الاستئناف، بوصفها قضاء من الدرجة الثانية[(١)].

ومن الأمور الجديدة التي جاء بها هذا النظام أنه جعل الأصل في محكمة الاستئناف هو أن تحكم في الموضوع في الشق الذي تنقضه، أي لم يقصر اختصاصها على النقض أو التأييد للحكم الذي تدققه، وهو ما كان سمة لمحكمة التمييز؛ حيث كان الأصل فيها أن تعيد القضية لحاكم الدرجة الأولى في حال نقضها للحكم[(٢)]، وعلى هذا فالاستئناف السعودي طبقا لأحدث الأنظمة المتعلقة بالمرافعات، جدير بالدراسة المقارنة في هذا الفصل.

وإذا كان الاستئناف السعودي قد أعطى محكمة الاستئناف السعودية سلطة إعادة نظر موضوع القضية في حالة نقضها، إلا أنه ظل - إجمالا - يقيد السلطة التقديرية لمحكمة الاستئناف من خلال

---

(١) انظر: م١٨٧ مرافعات سعودي جديد؛ الكاشف: ج٢/ص٢٤١؛ المبسط: ص٣٠٩؛ المرجع: ص٤٨٦-٤٨٧.

(٢) انظر: م١٩٠ و١٩١ مرافعات سعودي جديد.

مفهوم موافقة الحكم من حيث نتيجته للأصول الشرعية[١]، بمعنى أنها لا تنظر في موضوع القضية طالما أن الحكم موافق من حيث نتيجته للأصول الشرعية، وهذه الموافقة معناها احتمال صحة الحكم بأي رأي فقهي معتبر.

الخلاصة:

هناك نظم إسلامية تحمل بعض سمات الاستئناف الرئيسة، بما يجعلها أهلا للدراسة المقارنة في هذا الفصل، وهي التمييز العثماني، والتمييز السعودي السابق، والاستئناف السعودي الحالي، وهناك نظم إسلامية - كما سيتبين - تطبق الاستئناف بشكله الكامل، وتحمل جميع خصائصه وسماته، كقانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات المدنية السوداني، فهذه من باب أولى جديرة بالدراسة هاهنا مع قانون المرافعات المصري.

أما كون بعض ملامح الاستئناف غير موجودة في بعض النظم محل الدراسة، فهذا ما يدفع إلى دراسة مدى قبول النظم الإسلامية، أو رفضها لفكرة التقاضي على درجتين، وهو ما ستتعرض له الدراسة في المبحث القادم.

---

(١) انظر: السابق: م١٩١، م١٨٥ مرافعات سعودي قديم.

المبحث الثاني

الاستئناف والتقاضي على درجتين شرعا وعقلا

خطة هذا المبحث كما يأتي:

- المطلب الأول: الاستئناف والتقاضي على درجتين شرعا
- المطلب الثاني: الاستئناف والتقاضي على درجتين عقلا

المطلب الأول

الاستئناف والتقاضي على درجتين شرعا

هناك خلاف بين الباحثين المعاصرين حول مشروعية الاستئناف في الفقه الإسلامي، فأكثرهم يجيزه، وبعضهم يحرمه، وقد عرض الدكتور عبد الرحمن عياد الرأيين، ثم قال: «وفي منطق الرأي الأول لا يجوز الطعن على الحكم بالاستئناف، وإن جاز الطعن عليه بالنقض (التمييز)، وفي منطق الرأي الثاني يجوز الطعن على الحكم بالاستئناف والنقض»[١].

ومن أبرز المجيزين للاستئناف الدكتور نصر فريد واصل الذي يقول إن الاستئناف أمر «يقرره الفقه الإسلامي»[٢]، والدكتور حافظ عجاج كرمي الذي يقول إن الرسول ﷺ قد أقر «مبدأ استئناف الحكم وتمييزه»[٣]، والدكتور محمد رأفت عثمان الذي جعله صورة من صور الدفع بعد الحكم[٤]، وقد تعرض البحث لذلك تفصيلا في الفصل الخاص بالتماس إعادة النظر.

ومن أبرز المانعين من الاستئناف الشيخ تقي الدين النبهاني مؤسس حزب التحرير[٥] في كتاب «مقدمة الدستور أو الأسباب الموجبة له»، وكتاب «نظام الحكم في الإسلام»، حيث جاء في المادة ٧٨: «لا توجد محاكم استئناف، ولا محاكم تمييز، فالقضاء من حيث البت في القضية درجة واحدة، فإذا نطق القاضي بالحكم فحكمه نافذ، ولا ينقضه حكم قاض آخر مطلقًا، إلا إذا خالف نصًّا قطعيًّا من كتاب الله، أو سنة رسوله، أو إجماع الصحابة»[٦].

ومن أبرز المانعين من الاستئناف أيضا الدكتور محمد نعيم ياسين الذي قال: «القوانين الوضعية

---

(١) أصول علم القضاء – قواعد المرافعات في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، عبد الرحمن عياد، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية، الرياض، د.ط، (١٤٠١هـ-١٩٨١م): ص٢٠٣.

(٢) السلطة القضائية، نصر فريد واصل: ص٢٦٢.

(٣) الإدارة في عصر الرسول ﷺ، تأليف أحمد عجاج كرمي، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤٢٧هـ: ص٢٣١.

(٤) النظام القضائي في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد رأفت عثمان (ص: ٥٥٩).

(٥) هو: حزب سياسي إسلامي غير تابع لأيٍ من نظم الحكم القائمة في العالم، نشأ في الأردن عام ١٩٥٣م، ويدعو إلى إسقاط النظم الحاكمة في البلاد العربية والإسلامية – بالانقلاب السلمي – بناءً على اعتقاده كفرها، وإقامة نظام الخلافة بدلا منها، وله انتشار في إندونيسيا وبعض الدول الآسيوية، وبريطانيا – حيث يعمل فيها بشكل رسمي – وأمريكا ودول أوربا، وله تواجدٌ في فلسطين المحتلة، ولبنان، والأردن، وسوريا، ووجوده ضئيل في مصر وكثير من الدول العربية. انظر: كتيب التعريف بحزب التحرير، بدون ناشر، د.ط ١٩٨٥م: ص٢-٣٠.

(٦) نظام الحكم في الإسلام، تقي الدين النبهاني، ط٦، دار الأمة، بيروت، (١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م): ص١٩٠، مقدمة الدستور أو الأسباب الموجبة له، تقي الدين النبهاني، دار الأمة، بيروت، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م): ج١/ص٢٥٣، المادة ٨٣ وشرحها.

تجيز تعقب الحكم القضائي الابتدائي، إذا طلب ذلك الخصم، وإن لم يكن معه أية حجة جديدة يريد أن يطرحها أمام القاضي الجديد (قاضي الاستئناف)، وهذا مما تخالف فيه القوانين الوضعية الاجتهادات الفقهية الإسلامية؛ إذ لا يصح عند فقهاء المسلمين إعادة النظر في حكم قضائي صادر وفق الشروط الشرعية، إلا إذا طلب خصم ذلك واستعد لتقديم الحجج والبينات الدالة على استحقاق الحكم للنقض بوجود بعض الأسباب الموجبة لذلك، ومن هنا نص الفقهاء المسلمون على أن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي، مستوفية لشرائطها الشرعية، فلا تنقض ولا تعاد»(١).

وقد استند كل فريق إلى عدة أدلة شرعية جديرة بالبحث والمقارنة، ونظراً لدقة المسألة، وعمقها، وتشعب أدلتها يحسن التعرض لأدلة كل فريق على حدة ثم ترجيح الرأي الأقرب إلى الصواب.

وبالتالي تكون خطة هذا المطلب كما يأتي:

الفرع الأول: أدلة المجيزين للاستئناف ومناقشتها

الفرع الثاني: أدلة المانعين من الاستئناف ومناقشتها

الفرع الثالث: الترجيح

الفرع الأول: أدلة المجيزين للاستئناف ومناقشتها

استدل القائلون بمشروعية الاستئناف بعدة أدلة، مثل ما يأتي:

أولا: حديث علي بن أبي طالب ﷺ، قال: «لما بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، حفر قوم زُبْيَة(٢) للأسد، فازدحم الناس على الزُّبية، ووقع فيها الأسد، فوقع فيها رجل، وتعلق الرجل برجل، وتعلق الآخر بالآخر، حتى صاروا أربعة، فجرحهم الأسد فيها فهلكوا، وحمل القوم السلاح، فكادوا أن يكون بينهم قتال، قال: فأتيتهم، فقلت: أتقتلون مائتي رجل من أجل أربعة أناس؟ تعالوا أقض بينكم بقضاء، فإن رضيتموه فهو قضاء بينكم، وإن أبيتم رفعتم إلى رسول الله ﷺ، فهو أحق بالقضاء، قال: فجعل للأول ربع الدية، وجعل للثاني ثلث الدية، وجعل للثالث نصف الدية، وجعل للرابع

---

(١) حجية الحكم القضائي، للدكتور محمد نعيم ياسين: ص١٤٠.

(٢) الزُّبْيَة: حفرة تحفر في أعلى المسيل، والجمع زُبَى، كما تطلق على أعلى المسيل نفسه، أي المكان المرتفع الذي لا يعلوه الماء، ومنه المثل القائل: «بلغ السيل الزُّبى»، والزبية تحفر ثم تخفى؛ لاصطياد الوحوش، وقد يُربط عندها شاة أو جدي؛ لإغراء الوحش للوقوع فيها. انظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: نشوان بن سعيد الحميرى اليمني (ت٥٧٣هـ)، تحقيق حسين بن عبد الله العمري وآخرين، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م): ج١١/ص٧٣٦٥؛ المطلع على ألفاظ المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، (ت٧٠٩هـ)، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي، جدة، ط١، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م): ص٤٣٥؛ معجم اللغة العربية المعاصرة: ج٢/ص٩٧٢.

الديةَ، وجعل الديات على من حضر الزُّبيةَ على القبائل الأربعة، فسخط بعضهم، ورضي بعضهم، ثم قدموا على رسول الله ﷺ، فقصوا عليه القصةَ، فقال: "أنا أقضي بينكم"، فقال قائل: فإن عليا قد قضى بيننا، فأخبروه بما قضى علي رضي الله عنه، فقال رسول الله ﷺ: "القضاء كما قضى علي"»[(١)].

استدل عدة باحثين[(٢)] بهذا الحديث على مشروعية الاستئناف في الفقه الإسلامي، ووجه استدلالهم أن بعض الخصوم لم يقبلوا حكم قاضي الدرجة الأولى (سيدنا علي رضي الله عنه)، وطلبوا عرض القضية على قاضي الدرجة الأعلى (النبي ﷺ)، ثم عند إعادة نظر القضية تم تأييد حكم محكمة الدرجة الأولى، ومعلوم أن تأييد حكم محكمة أول درجة لا ينفي مشروعية الطعن بطريق الاستئناف، وإقراره بوصفه مبدأ.

مناقشة الدليل:

١- من حيث الثبوت:

الحديث ورد في مصنفات كثيرة منها: الأم للشافعي[(٣)]، ومسند أبي داود الطيالسي[(٤)]، ومصنف ابن أبي شيبة[(٥)]، ومسند أحمد بن حنبل[(٦)]، والسنن الكبرى للبيهقي[(٧)].

وقد اختلف علماء الحديث حول صحة هذا الحديث، فهناك من قال إنه حديث صحيح[(٨)]،

---

(١) أخرجه أبو داود في مسنده، المسند لأبي سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي (ت٢٠٤هـ)، تحقيق محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، د.ط - د.ت: (أحاديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه) ج١/ص١٠٩، وقال عنه البوصيري: هذا إسناد حسن، انظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، للإمام الحافظ شهاب الدين أحمد ابن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري (ت٨٤٠هـ)، دار الوطن، الرياض، ط١، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م): كتاب القضاء، باب من رأى حكم من قبله صوابا فأقره ج٥/ص٣٩١.

(٢) انظر: السلطة القضائية، نصر فريد واصل: ص ٢٦٢، الكاشف: ج٢/ص١٨٨؛ محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٥-٦- ١٥٥- ١٦٣، حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٨٧.

(٣) انظر: الأم: كتاب اختلاف علي وابن مسعود/ باب الديات ج٨/ص٤٤٨.

(٤) انظر: مسند أبي داود: (أحاديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه) ج١/ص١٠٩.

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الحدود باب أقضية الرسول ﷺ: ج١٥/ص٥٢.

(٦) انظر: المسند للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت٢٤١هـ)، شرح وفهرسة أحمد محمد شاكر، القاهرة، دار الحديث، ط١، (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م): (من مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه) ج١/ص٤١١.

(٧) انظر: السنن الكبرى للبيهقي: كتاب الديات، باب ما ورد في البئر جبار والمعدن جبار: ج٨/ص١١١.

(٨) صححه الشيخ أحمد شاكر في تحقيقه لمسند الإمام أحمد، وقال إسناده صحيح. انظر: مسند أحمد: ج١/هامش ص٤١١.

وهناك من قال إنه ضعيف[(١)]، وهناك من قال إنه حسن[(٢)]، والسبب في ذلك الخلاف أن في طبقته الثانية بعد علي بن أبي طالب ﷺ حنشًا بن المعتمر[(٣)]، وجميع طرق الحديث مأخوذة منه، وبقية رجال الحديث - بعد حنش - من رجال الصحيح[(٤)].

وكلام الأئمة عن حنش بن المعتمر أنه ضعيف من جهة الضبط والحفظ، وليس من جهة العدالة.

وقد ذهب الدكتور محمد رأفت عثمان إلى صحة دلالة الحديث على الاستئناف، لولا أنه عنده لم يثبت، حيث قال: «أما الحديث الذي لم يثبت فهو ما رواه الإمام أحمد وغيره، عن حنش بن المعتمر... الحديث ضعيف؛ لأن حنشا راوي الحديث اختلف العلماء في توثيقه، ويكفي هذا في رد الحديث... وإنما المشكلة أن الحديث لم يثبت، ولو ثبت الحديث لكان من وجهة نظرنا دالا على الاستئناف»[(٥)].

وقد دافع عن صلاحية الحديث للاستدلال به الإمام الشوكاني في السيل الجرار، حيث قال: «قال ابن حجر في التلخيص: قال البزار: لا نعلمه يروى إلا عن علي، ولا نعلم له إلا هذا الطريق، وحنش ضعيف، انتهى. قلت: ليس فيه من الجرح ما يوجب عدم الاعتبار بحديثه، فإن غاية ما قيل فيه ما قاله البخاري: إنهم يتكلمون فيه، وما قاله النسائي: إنهم يتكلمون فيه، وهذا لا يوجب جرحا يوجب ترك العمل بالحديث، وتأثير الرأي عليه، مع أن أبا داود وثقه، وبيّن ابن حجر في

---

(١) ضعفه البيهقي، وقال إن حنش بن المعتمر غير محتج به. انظر: السنن الكبرى للبيهقي: كتاب الديات، باب ما ورد في البئر جبار والمعدن جبار: ج٨/ص١١١.

(٢) حسنه البوصيري في إتحاف الخيرة المهرة: كتاب القضاء، باب من رأى حكم من قبله صوابا فأقره - ج٥/ص٣٩١؛ وحسنه الألباني في السلسلة الصحيحة المسماة (سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها)، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض د.ط، د.ت: ج٢/ص٤٧٨: ج٢/ص٤٧٨.

(٣) هو: أبو المعتمر، حنش بن المعتمر الكوفي، يقال له حنش بن ربيعة، والمعتمر كان جده، قال ابن المديني عنه: لا أعرفه، وقال أبو حاتم: هو عندي صالح ليس أراهم يحتجون بحديثه، وقال أبو داود: ثقة، وقال البخاري: يتكلمون في حديثه، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال ابن حبان: لا يحتج به، وكان كثير الوهم في الأخبار ينفرد عن علي بأشياء لا تشبه حديث الثقات حتى صار ممن لا يحتج بحديثه، وقال البزار: حدث عنه سماك بحديث منكر، وقال الحاكم: ليس بالمتين عندهم، وذكره العقيلي والساجي وابن الجارود وأبو العرب الصقلي في الضعفاء، وقال ابن حزم: ساقط مطرح. انظر: ميزان الاعتدال: ج٢ ص٣٩٥ ٦١٩/١؛ الإصابة في تمييز الصحابة، لحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي الكناني العسقلاني الشافعي المعروف بابن حجر (ت٨٥٢هـ)، دار الفكر العربي، د.ط - د.ت: ج١/ص٣٩٦.

(٤) انظر: بغية الرائد: ج٦/ص٤٤٨-٤٤٩.

(٥) النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان: ص٥٥٦-٥٥٨.

التقريب وجه الجرح، فقال صدوق له أوهام، ويرسل، انتهى. وهذا القدح ليس بشيء، فالوهم في أحاديثه قد بينه الحفاظ، وكذلك الإرسال، فلم يبق في بقية أحاديثه علة قادحة»(١).

لأجل هذا تترجح صحة الاستدلال بالحديث، والعمل به، وعلى أي حال، الخلاف حول ثبوت الحديث يجعل الرأي المستنِد إليه رأيا شرعيا معتبرا، حتى ولو لم يكن راجحا(٢)، ومن باب أولى لا يصح أن تُكفَّر النظم بتطبيقِه، ولا يصح أن يقال إنه لا يوجد استئناف في القضاء الإسلامي، أو في الفقه الإسلامي، ولا يجوز أن يصدر مثل ذلك حتى ممن يراه مرجوحا(٣).

٢- من حيث الدلالة:

يدل الحديث على جواز أن يحكم قاضي أول درجة حكما معلقا على رضا الفريقين، فإن رضوا به جميعا نفذ في حقهم، وإلا رفعه بعضهم إلى قاضي درجة أعلى يكون حكمه فاصلا في النزاع، وهو عين ما يحدث في الاستئناف، حيث الأصل أن يكون حكمٍ أول درجة غير قابل للنفاذ حتى يمر وقت الاستئناف، فإن مر وقت الطعن بالاستئناف، ولم يطعن أحد الخصوم اعتبرت تلك قرينة على رضاه بحكم أول درجة، ونفذ الحكم، أما إن طعن أحد الخصوم في الحكم نُظرت القضية من جديد أمام محكمة الدرجة الأعلى.

ثانيا: ما روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ «أنه أتي برجل من قريش، وُجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك فضربه عبد الله أربعين، وأقامه للناس، فانطلق قوم إلى عمر ابن الخطاب ﷺ فقالوا: فضح منا رجلا، فقال عمر لعبد الله رضي الله عنهما: بلغني أنك ضربت رجلا من قريش، فقال: أجل، أتيت به قد وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربته أربعين، وعرفته للناس، قال: أرأيت ذلك؟ قال: نعم، قال: نعم ما رأيت، قالوا جئنا نستعديه عليه فاستفتاه»(٤).

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لأبي علي محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت١٢٥٠هـ)، دار ابن حزم، ط١، د.ت: ص:٨٩١.

(٢) انظر: مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد ابن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، المنصورة، ط٣، (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م): ج٢٠/ص١٢٩-١٣٥؛ رفع الملام عن الأئمة الأعلام، تأليف تقي الدين أحمد بن تيمية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، د.ت-د.ط: ص١٨ وما بعدها؛ مجلة البحوث الإسلامية، بحث بعنوان: "الإنكار في مسائل الخلاف" د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي: العدد (٤٧) ج١/ص٢٠٤-٢١٢.

(٣) قال الشيخ تقي الدين النبهاني في شرح المادة ٧٨ «ومن هنا لا توجد في الإسلام محاكم استئناف» مقدمة الدستور: ص١٦٠؛ كما عمم الدكتور محمد نعيم ياسين فقال إن الاستئناف «مما تخالف فيه القوانين الوضعية الاجتهادات الفقهية الإسلامية» حجية الحكم القضائي: ص١٤٠.

(٤) الأثر رجاله رجال الصحيح. سبق تخريجه بهامش ٤ ص٥٣.

وقد ذهب المستدلون[١] إلى أن وجه الاستدلال بهذا الأثر هو أن قوم الرجل القرشي لم يرضوا بحكم أول درجة، وهو الذي أصدره عبد الله بن مسعود ﷺ، فتوجهوا إلى الخليفة عمر ﷺ، بوصفه الجهة القضائية العليا، وطعنوا في حكم قاضي الدرجة الأولى.

مناقشة الدليل:

أ- من حيث الثبوت:

الأثر ورد في كتاب أخبار القضاة بسند صحيح[٢]، وهو بذاته يحتاج إلى ما يعضده ليصلح دليلا شرعيا، مثل أن يحدث إجماع عليه، أي أنه لا يصلح في ذاته للاستدلال، وذلك على الراجح من خلاف الأصوليين حول الاحتجاج بمذهب الصحابي[٣]، وربما لاشتهار الواقعة عدوها من الإجماع السكوتي.

ب- من حيث الدلالة:

المتأمل في دلالة الأثر يكاد يجزم بأنه ضد ما استدل به القائلون بمشروعية الطعن بالاستئناف، وأن هؤلاء المستدلين إما أنهم لم ينعموا النظر في ماهية الطعن بالاستئناف، أو أنهم ربما لم ينعموا النظر في دلالة ذلك الأثر.

فقد رأوا أن الأثر يدل على أنه يجوز لأي من الخصوم أن يطلب إعادة نظر القضية، كما فعل قوم الرجل الذي جلده ابن مسعود ﷺ، وأن ذلك يدل على مشروعية الطعن بالاستئناف، ولكن الواضح أن عبد الله بن مسعود ﷺ قد نفذ الحكم بعد قضاء أول درجة - إن صح التعبير - ولم يوقف تنفيذ الحكم؛ حتى يمارسوا الطعن بالاستئناف، أو حتى يلجؤوا إلى قاض أعلى كما في حادثة زبية الأسد.

والمدقق يرى أن هذه الحادثة كانت أولى من حادثة زبية الأسد في احتياجها إلى وقف التنفيذ، في حالة وجود ما يسمى بتعدد درجات التقاضي؛ وذلك لأن العقوبة في هذه الحادثة لا يمكن تلافيها، فهي ليست مالا يمكن استرجاعه مثل مال الدية في حادثة الزبية، وإنما هي عقوبة الجلد والتشهير، وهو ما لا يمكن تداركه.

---

(١) انظر: السلطة القضائية، نصر فريد واصل: ص٢٦٣، وقد عزا دليليه هذين إلى كتاب (محاضرات في نظام القضاء) للدكتور عبد العال عطوة، وكتاب (نظام القضاء) للمستشار جمال المرصفاوي؛ وانظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٦- ١٦٢، حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٠-٩١.

(٢) الأثر رجاله رجال الصحيح. انظر: هامش ١ ص٧٢.

(٣) اختلف الأصوليون حول مذهب الصحابي، أيكون بذاته حجة أم لا، والراجح أنه ليس بحجة، وإلى هذا ذهب الآمدي، وأدرجه ضمن ما ظُن أنه دليل صحيح، وليس كذلك، وهو الراجح. انظر: الإحكام للآمدي: ج٤/ص١٨٢ وما بعدها؛ وإلى هذا ذهب الدكتور محمد رأفت عثمان فقال عن هذا الأثر: «وقول الصحابي - حتى لو كان من اثنين - لا يعد حجة» النظام القضائي: ص٥٥٩.

فلو صح أن ابن مسعود ﷺ قد جلد وشهر بعد حكم أول درجة، مفوتا على المحكوم عليه حق الطعن قبل تنفيذ الحكم، لكانت هذه فحوى شكواهم أمام عمر ﷺ، ولحاسب عمرُ ابن مسعود ﷺ على تلك خرقه القاعدة القانونية التي يُزعم أنها كانت مطبقة في القضاء الإسلامي وقتئذ، وإن كان حكمه صحيحا، ولكن هذا ما لم يحدث من أمير المؤمنين.

فليس تأييد أمير المؤمنين لحكم ابن مسعود ﷺ هو تأييد محكمة الاستئناف لحكم أول درجة كما زعموا؛ لأن الشكاة جاءوا بعد تنفيذ الحكم، ولم يأت في شكواهم ما معناه أنه فوت عليهم حق الطعن قبل التنفيذ.

على أننا إذا أنعمنا النظر في الاستدلال بهذا الأثر لقلنا إن إقرار عمر لابن مسعود ﷺ، وعدم معاتبته، فضلا عن معاقبته ومحاسبته على التنفيذ قبل منح المحكوم عليه فرصة الطعن، واشتهار القصة، وعدم وجود نكير من أحد يدل على إجماع الصحابة على أن حكم أول درجة ينفذ دون أن يمنح الخصوم حقا في الطعن أمام درجة من القضاء أعلى، أي إن الدليل يكاد يصلح للمانعين من الاستئناف.

وللمرء أن يتصور أن المحاكم في دولة الصحابة كانت تقوم على مبدأ تعدد درجات التقاضي، ثم حكم ابن مسعود ﷺ، ونفذ حكمه دون إعطاء المحكوم عليه حق الطعن، فهل كانت الحادثة ستمر دون نكير من أحد الصحابة؟ ودون تنويه من أحد الفقهاء على مر العصور على خرق ابن مسعود لهذه القاعدة؟ ودون تمسك أهل الرجل المجلود بحقهم في معاقبة ابن مسعود ﷺ على خرق القاعدة؟ وإن كان حكمه صحيحا، وأعجب الخليفة عمر ﷺ.

بذلك يتقرر بوضوح أن هذا الأثر يدل على عكس ما استدل به المجيزون للطعن بالاستئناف، ويدل على أن فكرة التقاضي على درجتين لم تكن مطبقة - بوصفها نظاما - في القضاء الإسلامي وقتذاك.

إن الذي كان موجودا ومعروفا في الفقه الإسلامي هو نقض الأحكام التي فيها مخالفة للشرع، أو بها ظلم بيّن ليس محلا للاجتهاد، ولعل الحادثة المذكورة هنا تندرج تحت ذلك، أي الطعن بالنقض من وجهة نظر الطاعنين، فالطاعنون - أصلا - ذهبوا للشكاية من حكم معين بعد أن اكتسب قوة التنفيذ - وهو ما يجوز في حال الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي، وفي القانون الوضعي كذلك - وغاية طعنهم أن ينال الطاعن تعويضا ماديا وأدبيا عما لحقه من ضرر، سبَّبه حكم جائر يخالف القواعد القاطعة بحسب زعمهم، وأن ينال القاضي الجزاء المناسب على ذلك الحكم الجائر إن استحق ذلك، بدليل أنهم قالوا: «جئنا نستعديه عليه»، وعمر ﷺ نظر في شكايتهم بوصفه قاضي المظالم، أو النقض، لا بوصفه قاضي درجة استئنافية عليا.

وإن الطعن بالنقض يختلف عن الطعن بالاستئناف في أن الأول يعد طريقا غير عادي، أي لابد للطاعن من تسبيب طعنه بأسباب معينة منصوص عليها، وهو عين ما حدث في هذه الواقعة، فالشكاة يرون أنه شهر وجلد، وهو ما اعتبروه إقامة حد بدون دليل قطعي على ثبوت الزنا، كالاعتراف، أو شهادة الشهود الواضحة بأنه زنا، حيث قال راوي الأثر «وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك»[(١)]، فالشهود رأوه فقط مشتملا معها في ملحفتها، وقد أيد قاضي المظالم سيدنا عمر ﷺ - أو قاضي النقض - الحكم الأول، لأن ابن مسعود ﷺ اجتهد، وجلد الرجل تعزيرا لا حدا، ولما كان هذا اجتهاده فلا مطعن فيه طالما أنه تحتمله الأدلة، ومما يؤكد ذلك أن عمر سأل ابن مسعود ﷺ «أرأيت ذلك؟»[(٢)]، وهي تعني: هل هذا اجتهادك؟ والاجتهاد إنما يكون في التعازير لا في الحدود[(٣)]، يؤيد ذلك أن الأثر قد ورد في كتاب المحلى في معرض الكلام عن مقدار التعازير[(٤)].

ثالثا: قول الله ﷻ: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ۝٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ وَسَخَّرۡنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلۡجِبَالَ يُسَبِّحۡنَ وَٱلطَّيۡرَۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ﴾[(٥)].

وقد ذُكر في تفسير ذلك أن زرعا دخلت فيه غنم لقوم ليلا، فأكلته وأفسدته، فجاء المتخاصمون إلى داود ﵇، وقصوا عليه القصة، فحكم بالغنم لصاحب الزرع؛ عوضًا عن حرثه الذي أتلفته الغنم ليلا، فلما خرج الخصمان على سليمان ﵇، وكان يجلس على الباب الذي يخرج منه الخصوم، وهو ابن إحدى عشرة سنة، فسألهم: بم قضى بينكما نبي الله داود ﵇؟ فلما علم أتى أباه، واقترح عليه أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث، فينتفع بألبانها وسمونها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله في السنة التالية رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه، فقال داود ﵇: «وفقت يا بني، لا يقطع الله فهمك»، وقضى بما قضى به سليمان ﵇[(٦)].

وذهب المستدلون[(٧)] بهذه الآية إلى أن القضية بعد أن حكم فيها داود ﵇ قد أعيد النظر فيها من قاض آخر، وهو سليمان ﵇.

---

(١) الأثر رجاله رجال الصحيح، سبق تخريجه بهامش ٤ ص٥٣.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تحقيق محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت: ج١٢/ص١٧٨، وكلامه عن الخلاف في جواز الزيادة على العشر جلدات في التعازير.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم: ج١٢/ص٤٢١.

(٥) [الأنبياء: ٧٨-٧٩]

(٦) انظر: تفسير القرطبي: ج١١/ص ٣٠٧، فتح القدير للشوكاني: ج٣/ص٥٦٧.

(٧) انظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص١٦٠.

مناقشة الدليل:

أما من ناحية الثبوت: فالآية قطعية الثبوت، حيث وردت في كتاب الله الكريم.

وأما من ناحية الدلالة: فالقصة تتوافر فيها مقومات الاستدلال على مشروعية الاستئناف؛ نظرا لأن المتخاصمين لا يُتَصَوَّر أنهم طعنوا بالنقض أو الشكاية (المظلمة)؛ لأن الحكم الأول صدر صحيحا؛ لأنه من نبي، ولأن الله تعالى قال عن داود وسليمان عليهما السلام: ﴿وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًاۚ﴾ (١)، فيجب فهم المسألة على أنها تتعلق بحكم صائب، وحكم أصوب، وهي ما يحدث في الاستئناف؛ حيث يعاد النظر في القضية بسلطة تقديرية جديدة، تغض الطرف – نسبيا – عن التقدير الأول، دون تجريحه.

ولكن مع ذلك هناك بعض الأمور تمنع من هذا الاستدلال مثل:

أ- أن الآية تتعلق بشرع مَن قبلنا، وهو – بحسب علماء الأصول – فيه قولان(٢):

- القول الأول: أنه ليس شرعا لنا، إلا أن يأتي في شرعنا ما يؤيده، وهو الراجح(٣)؛ لقول الله تعالى ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًاۚ﴾ (٤).
- القول الثاني: أن شرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد في شريعتنا ما يدل على خلافه، وقد ثبت في هذه المسألة في شريعتنا خلاف لذلك، وهو إنفاذ حكم الحاكم الأول طالما كان صحيحا خاليا من الناقض المتفق عليه(٥).

ب- أن الذي حدث بحسب قول بعض المفسرين أن سليمان عليه السلام كان جالسا خارج مجلس القضاء، وهو الذي سأل القوم بعد خروجهم، ولم يكن يعيد نظر القضية في مجلس قضاء، ثم إنه بعد أن فهّمه الله المسألة أخذهم، وعرض الأمر على القاضي الأول داود عليه السلام، ثم داود عليه السلام نقض حكم نفسه السابق، وهذا يخالف مفهوم الاستئناف تماما، ففي الاستئناف لا تعرض القضية على نفس المحكمة، ولذلك يمكن فهم الحادثة على أن سليمان عليه السلام - وهو صبي صغير آتاه الله ملكة الفهم القضائي العميق - لما فهم الحكم اقترح على أبيه حلا، ثم ترك تقرير الحكم إليه، ولو صح الاستدلال

---

(١) [الأنبياء: ٧٩]

(٢) انظر: اللمع لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، تحقيق محيي الدين ديب مستو ويوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، دمشق، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م): ص١٣٦-١٣٧؛ الإحكام للآمدي: ج٤/ص١٣٧؛ المحصول للرازي ٢٦٦/٣.

(٣) انظر: الإحكام للآمدي: ج٤/ص١٦٩-١٨٢.

(٤) [المائدة: ٤٨]

(٥) انظر: المبسوط: ج١٦/ص٨٣-٨٥؛ فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣٠٠-٣٠٤؛ الأم: ج٧/ص٩٨-٩٩، أسنى المطالب: ج٤/ص٣٠٣-٣٠٤؛ تبصرة الحكام: ج١/ص٧٨-٧٩؛ الإنصاف: ج١١/ص٢٢٢-٢٢٥؛ كشاف القناع: ج٦/ص٣٢٦؛ المحلى: ج٨/ص٤٢٩.

بالحادثة على مشروعية الاستئناف لما احتاج الأمر إلى أن يعود الخصوم مع سيدنا سليمان إلى داود عليهما السلام؛ ليأخذ بالاقتراح الجديد، ويقرر حكمه بناء عليه.

ج- على أننا لو أخذنا بنص الآية دون اعتبار قول المفسرين لما وجدنا في الآية دلالة على أنه تم التقاضي على مرحلتين، فالآية تقول (**يحكمان**) وهي تحتمل وحدة مجلس القضاء، وتقول (**ففهمناها**) تحتمل في ذات المجلس قبل الحكم النهائي، أو معه.

وقد ورد في تفسير أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي ما يؤكد أن الآية في رجوع القاضي عن حكمه، أي إنها من قبيل نقض القاضي حكم نفسه، حيث قال: «في هذه دليل على رجوع القاضي عما حكم به، إذا تبين له أن الحق في غيره، وهكذا في رسالة عمر إلى أبي موسى[1]، فأما أن ينظر قاض فيما حكم به قاض فلا يجوز له؛ لأن ذلك يتداعى إلى ما لا آخر له، وفيه مضرة عظمى من جهة نقض الأحكام، وتبديل الحلال بالحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام، ولم يتعرض أحد من الخلفاء إلى نقض ما رآه الآخر، وإنما كان يحكم بما يظهر إليه»[2]، فابن العربي يؤكد أن في الآية دليلا على رجوع القاضي عن حكم نفسه، وهذا يؤيد أن الاستدلال بالآية على الاستئناف أو حتى على النقض بالمفهوم المعاصر لا يصح[3].

د- أن في الآية دليلا للقائلين بمنع الاستئناف، وهو يتمثل في نفي الأساس الذي بنيت عليه فكرة الاستئناف، وهي العرض على القضاء الأعلى درجة، بوصفه القضاء الأقرب إلى الصواب، والمشمول بالخبرة العملية، لا ما تقرره مجرد حدوث الملكة القضائية، وهو خلاف ما في حالة سليمان ﷺ، إذ إنه ابن داود ﷺ، وأقل منه خبرة، ففكرة الاستئناف تقتضي أن تعرض أحكام سليمان على داود عليهما السلام، وليس العكس.

فمدلول الآية يكاد يكون ضد أحد مفاهيم الاستئناف الأساسية؛ إذ إن الآية تؤكد على أن دور الموهبة القضائية في صحة الحكم أكبر من دور الخبرة، فرب قاض مبتدئ تصح أحكامه بشكل يفوق أحكام قاض بلغ أعلى درجات السلم القضائي، ورُب حكم ابتدائي يكون أصح من حكم استئنافي

---

(١) الأثر إسناده ثابت. سبق تخريجه بهامش ١ ص١٦.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي: ج٣/ص٢٦٦.

(٣) انظر مثلا: الكاشف: ج٢/ص١٨٦، حيث قال الشيخ آل خنين: «فقد حكم داود ﷺ حكما، وتعقبه سليمان ﷺ، فنقضه وحكم حكما آخر»، ولكن يبدو أن الصحيح هو أن داود ﷺ هو الذي نقض حكم نفسه بناء على اقتراح سليمان ﷺ؛ لأنه قد تقدم أن النقض لا يكون لمخالفة الدليل القاطع المجمع عليه، وهذا لا يحدث من نبي، وهذا يحتم القول بأن هذا أمر لا يتعلق بالأدلة التشريعية للحكم، بل بالوقائع التي ظهرت، وفهمها الله لسليمان ﷺ، فأشار به على أبيه، فنقض حكم نفسه، فأحرى أن يكون ذلك دليلا على التماس إعادة النظر، والله أعلم.

ينافيه، هذا ما تقرره الآية، والاستئناف - على عكس ذلك - يبنى على فكرة أن القاضي الثاني أعلى درجة، فهو بالتالي أقرب إلى الصواب من القاضي المبتدئ، فالآية إذ تقرر العلم لكل من النبيين عليهما السلام تقرر الفهم لسليمان ﷺ، إذ تقول: «فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًاۚ»، فالعلم سواء نشأ عن التلقين، أو عن الخبرة، ليس له الأولوية في القضاء، بل الفهم، ومن هنا كانت وصية عمر ﷺ «الفهم الفهم»(١).

إذا تقرر هذا يمكن القول بأن الآية ليس فيها أي دلالة على مشروعية الطعن بالاستئناف.

رابعا: ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب، فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود، فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا تفعل - يرحمك الله - هو ابنها، فقضى به للصغرى»(٢).

هناك من يستدل بهذا الحديث على الاستئناف(٣) بكون القضية قد أعيد النظر فيها أمام قاض ثان بعد أن حكم فيها قاض أول.

مناقشة الدليل:

أ. من حيث الثبوت:

الحديث صحيح؛ حيث ورد في أشهر كتب الصحاح، وهي البخاري ومسلم، كما ورد في مسند الإمام أحمد بن حنبل.

ب. من حيث الدلالة:

في الحديث بعض الأمور التي تؤيد مشروعية الاستئناف مثل:

- أن المرأتين بعد أن تحاكمتا إلى داود ﷺ، وحكم بالطفل للكبرى ذهبتا إلى سليمان ﷺ، فنظر في القضية من جديد، وحكم حكما مخالفا للأول بعد استطاعته جلب دليل لم يكن في الحسبان.
- أن حكم سليمان ﷺ هو الذي استقر، وألغي الحكم الأول.

ولكن الراجح أن هناك أمورا أخرى تحول دون ذلك الاستدلال مثل:

- أنه شرع من قبلنا، وكما تقرر فإنه لا يكون دليلا في شريعتنا عند بعض الأصوليين، وعند بعض آخر لا يجوز عند وجود معارض في شريعتنا، وقد تقرر ثبوت المعارض في شريعتنا.

---

(١) الأثر إسناده ثابت. الأثر سبق تخريجه بهامش ١ ص١٦.
(٢) حديث صحيح. سبق تخريجه بهامش ٤ ص١٩١.
(٣) انظر: حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٨٩.

- أن الواقعة عندما حكم فيها داود عليه السلام كانت محيِّرة؛ لأنه ليس فيها أي دليل سوى ادعاء كل من المرأتين، وهذا سوف يؤدي إلى احتمال ظلم إحداهما، فحكم داود عليه السلام بأقل قرينة ممكنة، مثل كون الطفل في يد الكبرى أو قرينة الكِبَر[١]، وحكمه صحيح طالما عدم الدليل، ولكن بفضل ما آتاه الله سليمان عليه السلام من فطنة قضائية - رغم صغر سنه - استطاع أن يأتي بدليل قاطع، والدليل القاطع هنا كاف لنقض الحكم الأول الذي كان صوابا قبل ظهور الدليل، لكنه بعد ظهور الدليل لا يجوز الأخذ به، فالقصة أجدر بالإلحاق بباب التماس إعادة النظر، وذلك أن المرأتين كانتا خارجتين من مجلس القضاء، والحديث يقول "فتحاكمتا إلى داود - عليه السلام - فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه"، ثم هو استطاع أن يحصل من أقوالهن على دليل لم يكن موجودا، فهذا خول له نقض الحكم الأول المخالف للدليل الواقعي - لا الشرعي - الذي ظهر آخرا.
- أنه قد تساءل القرطبي حول هذه المسألة فقال «فإن كان داود عليه السلام قضى بسبب شرعي، فكيف ساغ لسليمان عليه السلام نقض حكمه، فالجواب: أن سليمان عليه السلام لم يتعرض لحكم أبيه بالنقض، وإنما احتال حيلة لطيفة ظهر له بسببها صدق الصغرى؛ وهي أنه لما قال: "هات السكين أشقه بينكما"، قالت الصغرى: "لا"؛ فظهر له من قرينة الشفقة في الصغرى، وعدم ذلك في الكبرى، مع ما عساه انضاف إلى ذلك من القرائن ما حصل له العلم بصدقها، فحكم لها»[٢].
- أن القرطبي يؤكد أن حكم القاضي الأول لا ينقض إلا لبينة قاطعة، أي لا يمكن نقضه بالظن، فيقول: «ولعل الكبرى اعترفت بأن الولد للصغرى عندما رأت من سليمان عليه السلام الحزم والجد في ذلك، فقضى بالولد للصغرى، ولا يكون ذلك من باب نقض الحكم الأول، لكن من باب تبدل الأحكام بتبدل الأسباب، والله أعلم»[٣].

---

(١) ساق القرطبي اعتراضا على كون قرينة التي حُكم بها هي قرينة الكبر، حيث قال: «ولقد أبعد من قال: إنه كان من شرع داود أن يحكم به للكبرى من حيث هي كبرى، لأن الكبر والصغر طرد محض عند الدعاوى كالطول والقصر والسواد والبياض وذلك لا يوجب ترجيح أحد المتداعيين» تفسير القرطبي: ج١١/ص٣١٣.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

- أن القرطبي أضاف احتمالا آخر، وهو أن سليمان عليه السلام وهو حاكم ونبي ربما كان قد «سوغ له أن يحكم بعلمه»، وقد ترجم النسائي لهذا الحديث «حكم الحاكم بعلمه»(١).
- أن في الحديث دلالة قيمة على أن القاضي عليه أن يبذل الوسع في استجلاب الأدلة في المسائل المبهمة، وفيه دلالة على أنه يجوز للقاضي أو الحاكم إن حصل على دليل قاطع كان مفقودا في الحكم الأول أن ينقض الحكم الأول المخالف للدليل الواقعي، ولا غرو أن نجد النسائي في سننه يعنون لهذا الحديث - مرة أخرى - بـ«نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله، أو أجل منه»(٢)، وهذا في إطار ما أوصت به الدراسة في فصل التماس إعادة النظر، وهو أن يوسَّع ضابط أسباب الالتماس ليشمل كل ما يفترض أنه "إذا علمه القاضي بعد الحكم لتغير تقديره"، وهو لا يعارض قاعدة عدم نقض الاجتهاد السابق بالاجتهاد اللاحق. فالأمر هنا نقض واقع مغلوط، بدليل واقعي كان غائبا، وبالتالي ليس في هذا الحديث حجة على مشروعية الاستئناف.
- أن في الحديث أيضا دليلا للخصوم يتمثل في نفي الأساس الذي بنيت عليه فكرة الاستئناف، وهي العرض على القضاء الأعلى درجة؛ لأنه الأقرب للصواب، والقضاء الأعلى درجة هو ما تقرره الخبرة العملية، لا ما تقرره مجرد حدوث الملكة القضائية، وهو خلاف ما في حالة سليمان عليه السلام؛ إذ إنه ابن داود عليه السلام، وأقل منه خبرة، ففكرة الاستئناف تقتضي أن تعرض أحكام سليمان على داود عليهما السلام، وليس العكس.

خامسا: ما يُروى في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى من قوله: «ولا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس، ثم راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل»(٣).

ووجه الاستدلال هو إمكان مراجعة الأول - طبقا لرسالة عمر رضي الله عنه - وهو ما يحدث في الاستئناف.

---

(١) انظر:سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر بن سنان النسائي (ت٣٠٣هـ) بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي (ت٩١١هـ) وحاشية السندي (ت١١٣٨هـ)، تحقيق مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت: كتاب آداب القضاة، باب نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله، أو أجل منه، حديث رقم ٥٤١٩ مج٤/ج٨/ص٦٢٦.

(٢) سنن النسائي: باب نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله، أو أجل منه، حديث رقم ٥٤١٩ مج٤/ج٨/ص٦٢٧-٦٢٨.

(٣) الأثر إسناده ثابت. الأثر سبق تخريجه بهامش ١ ص١٦.

مناقشة الدليل:

أ- من حيث الثبوت:

هناك خلاف بين العلماء حول ثبوت هذه الرسالة، فابن حزم الظاهري هاجمها سندا ومتنا، ودافع عنها ابن تيمية وابن القيم، وأغلب الفقهاء عملوا بها ونقلوها، والراجح أن إسنادها ثابت كما حكم بذلك ابن تيمية[١].

ب- من حيث الدلالة:

الفقرة المستدل بها تتعلق برجوع القاضي عن اجتهاده الذي قضى به من قبل، فقد يخشى القاضي أن يعود في قضائه، فيُظن به الظنون، أو يقال إنه لا يحسن القضاء، فيوصيه عمر بأن يتذكر أن الحق قديم، وأحق أن يتبع من القضاء السابق، فينبغي عليه أن يقضي فيما استقبل من قضايا مشابهة باجتهاده الجديد، ولا علاقة للرسالة بإعادة نظر نفس القضية، ولا بنقضها، وهذا ما فهمه ابن القيم؛ حيث روى قضاء عمر ﷺ في المسألة المشرَّكة ثم قال: «فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى الثاني، ولم ينقض الأول بالثاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين»[٢].

وهناك تأويل آخر لقول عمر ﷺ السابق، وهو أنه في تبين الخطأ القطعي، فهذا يقتضي النقض، وقد ورد في المغني أن الأثر يتعلق بـ «جميع ما بان له خطؤه؛ لأن عمر ﷺ كتب إلى أبي موسى: لا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس، ثم راجعت نفسك فيه اليوم، فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق... كما لو خالف الإجماع»[٣].

وبذلك يترجح كون الرسالة لا علاقة لها بإعادة نظر موضوع الحكم الأول، وأنها في تغيير القاضي اجتهاده فيما استقبل من أقضية، أو في نقض ما خالف المجمع عليه من الأدلة.

وعلى افتراض أن الرسالة في إعادة القاضي نظر أحكامه الماضية إن تغير اجتهاده، فليس فيها ما يدل على الاستئناف؛ إذ إنه مبني على إعادة نظر القضية أمام محكمة أعلى درجة، وليس أمام نفس القاضي.

مما سبق يتقرر أنه لا يصح الاستدلال بأي من الأدلة السابقة على جواز الاستئناف سوى حديث زبية الأسد.

---

(١) انظر: منهاج السنة النبوية، لابن تيمية: ج٦/ص ٧١؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية: ج٢/ص ١٥٨.

(٢) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية: ج١/ص٨٦-٨٧.

(٣) المغني: ج١٠/ص٥١.

الفرع الثاني: أدلة المانعين من الاستئناف ومناقشتها

استدل المانعون من الاستئناف بدليل واحد، وهو الإجماع على أن حكم قضاء القاضي في الاجتهاديات لا ينقض، فقد أجمع الصحابة على ذلك، ورويت عنهم عدة آثار تفيد أن بعضهم لم ينقض اجتهاد بعض، برغم اختلافهم في أحكام بعض المسائل، ومن أمثلة المرويات في ذلك:

- قول علي بن أبي طالب ﷺ لوفد نجران: «لا أغير صنعة عمر»[١]، ووجه الاستدلال أن عليا ﷺ أقر بنفاذ القضاء الأول الذي قضى به عمر ﷺ[٢].
- إنفاذ عمر ﷺ القضاء الأول في المسألة المشرَّكة[٣]، ووجه الاستدلال أن عمر ﷺ أكد أن حكمه الأول - برغم رجوعه فقهياً عنه - يمتلك القوة والنفاذ، ولا يمكن العدول عنه حتى ولو إلى الأصوب، وهو بعكس ما يحدث في الاستئناف.
- الأثر الوارد عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه «لقي رجلاً فقال: ما صنعت؟ يعني في مسألة كانت معروضة للفصل فيها، فقال الرجل: قضي عليّ وزيد بكذا، فقال عمر: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال الرجل: فما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله، أو إلى سنة نبيه ﷺ لفعلت، ولكني أردك إلى رأيي، والرأي مشترك»[٤].

ووجه الاستدلال بذلك هو أن عمر ﷺ مع كونه خليفة المسلمين، وصاحب السلطة القضائية العليا، ومع أنه كان على قناعة برأي يخالف الرأي الذي قضى به علي وزيد رضي الله عنهما، لم يعط المحكوم عليه حق إعادة النظر في قضيته لطلب حكم أصوب من قاض أعلى درجة.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الفضائل، ما ذكر في فضل عمر بن الخطاب ﷺ، ج١٧ ص٦٥؛ فضائل الصحابة ومناقبهم وقول بعضهم في بعض صلوات الله عليهم، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، تحقيق محمد خليفة الرباح، مكتبة الغرباء الأثرية، ط١، (١٤١٩هـ-١٩٩٨م): ص٣٢-٣٣؛ والأثر بتمامه: «جاء أهل نجران إلى علي فقالوا: يا أمير المؤمنين، كتابك بيدك، وشفاعتك بلسانك، أخرجنا عمر من أرضنا، فارددنا إليها، فقال لهم علي: ويحكم إن عمر كان رشيد الأمر، ولا أغير صنعة عمر» واللفظ لابن أبي شيبة، وقد أعله الذهبي بالانقطاع، انظر: المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق دار المشكاة، الناشر دار الوطن، الرياض، ط١، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): كتاب أدب القاضي، باب من اجتهد ثم تغير اجتهاده لم يرد حكمه، ج٨/ص٤١١٣

(٢) استدل بذلك تقي الدين النبهاني، انظر: نظام الحكم في الإسلام: ص١٩٠، مقدمة الدستور: ج١/ص٢٥٣.

(٣) الأثر إسناده صالح. سبق تخريجه بهامش ١ ص٩٥.

(٤) جامع بيان العلم وفضله، لأبي عمر يوسف بن عبد البر (ت٤٦٣هـ)، تحقيق أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م): باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص ج٢/ص٨٥٤؛ إعلام الموقعين: ج١/ص٧٤؛ والأثر قد استعمله كثير من الفقهاء، انظر: تبيين الحقائق: ج٤/ص١٨٨؛ العناية: ج٧/ص٣٠٤؛ البناية: ج٩/ص٤٩؛ فتح القدير لابن الهمام: ج٧/ص٣٠٥؛ غمز عيون البصائر: ج١/ص٣٢٥.

وقد استدل بالإجماع على عدم جواز نقض أحكام القضاة في المسائل الاجتهادية الدكتور عبد الكريم زيدان، حيث عقد مبحثا عن قواعد النقض والإبرام، وقال في القاعدة الثانية منه: «لا يسوغ لأي قاض أن ينقض باجتهاده حكما اجتهاديا أصدره قاض آخر، ما دام هذا الحكم قد صدر عن اجتهاد سائغ مقبول؛ لأن الاجتهاد السابق لا ينقضه اجتهاد لاحق من قاض آخر؛ لأنه لا مزية للاجتهاد الثاني على الاجتهاد الأول، ما دام الاثنان سائغين... وعلى هذا النهج السديد، والمسلك القويم سار قضاة السلف الصالح من عهد الصحابة، ومن بعدهم من عصور التابعين»(١).

وقال في موضع آخر: «وإذا كان هناك اتفاق بين جمهور الفقهاء، أو ما يشبه الإجماع على أن حكم القاضي ينقض ويبطل إذا خالف نصا تشريعيا صريحا، فقد اتفقوا كذلك على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم، ما لم يخالف نصا تشريعيا صريحا... لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، حتى تستقر الأحكام»(٢).

ونسب القرافي ذلك الإجماع إلى الأئمة قاطبة فقال: «وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد كما تقدم، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة، ويحرم على كل أحد نقضه»(٣).

وهذا أدى إلى إمكان القول بأن الشريعة قيدت مبدأ درجات التقاضي بما إذا قام القاضي بالاجتهاد، ولم يخالف قطعيا، وصدر عن مستوف، وهذا غير معمول به في القضاء الوضعي، ففيه حتى لو صدر الحكم غير مخالف لقاطع، ومن مستوف فيمكن الطعن(٤).

مناقشة الدليل:

أ. من حيث الثبوت:

الراجح هو ثبوت إجماع الصحابة على عدم نقض الحكم في المسائل الاجتهادية، أما إجماع العلماء بعد عصر الصحابة، أو إجماع الأئمة قاطبة – على حد تعبير القرافي – ففي ثبوته شك، لاسيما بعدما تقدم(٥) من كون المسألة فيها خلاف بين المالكية على قولين، تؤول فيهما القول المروي عن الإمام مالك في المدونة، كما جاء في المغني عن أبي ثور وداود أن القاضي ينقض جميع ما بان له خطؤه، سواء في المسائل الاجتهادية أو غيرها.

---

(١) نظام القضاء، عبد الكريم زيدان: ص٢٢٦.

(٢) السابق: الصفحة نفسها؛ النظام القضائي، محمد رأفت عثمان: ص٥٦٣.

(٣) الإحكام للقرافي: ص٤١-٤٢.

(٤) انظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص١٦٥.

(٥) انظر: المغني: ج١٠/ص٥٠.

وبغض النظر عن رجحان أحد التأويلين، فقد قال بالتأويل الآخر علماء معتبرون[١]، وهم يكفون لخرق الإجماع.

ب. من حيث الدلالة:

المدقق في هذا الدليل الذي ساقه المانعون من الاستئناف يمكنه أن يلاحظ بوضوح أنه ليس فيه دلالة على عدم مشروعية الاستئناف، وذلك لما يأتي:

- أن هذا الدليل إنما هو دليل يتعلق بالنقض، أي إلغاء حكم المحكمة السابقة، وهو غير الاستئناف، فالنقض هو إجراء رقابي على صحة تطبيق الشريعة أو القانون المتعلق بالقضية، دون تعرض للأدلة الواقعية وثبوتها، أما محكمة الاستئناف فهي محكمة موضوع في الأساس، وتنظر في الموضوع بغض النظر عن صحة تطبيق الشريعة (القانون) في حكم أول درجة أو عدمه.
- وحتى إن فرضنا أنه قد يترتب على الاستئناف نقض أحكام لا يجيز الإسلام نقضها، فهذا الأمر يمكن تنظيمه بالنص على أن قاضي الاستئناف إذا وجد الحكم لا يجوز نقضه شرعا أيَّده، وهو ما حدث بالفعل، ونص عليه التمييز العثماني: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا ينقض»[٢]، ونص عليه التمييز السعودي: «إذا وجدت محكمة التمييز أن منطوق الحكم موافق من حيث نتيجته لأصوله الشرعية صدقته...»[٣]، ونص عليه الاستئناف السعودي الجديد: «إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية أيدته...»[٤]، وبالتالي إن أقر القانون في قواعد النقض أن الحكم المستند إلى رأي اجتهادي لا يجوز نقضه، وتقوم محكمة الاستئناف بتأييده يكون حينئذ لا مجال للاعتراض على الاستئناف بهذا الدليل.
- أن قاعدة عدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وما بني عليها من كون حكم القاضي المستند إلى رأي اجتهادي لا ينقض هي قاعدة تطبق في القضاء الترجيحي، أما في القضاء القانوني فإنه يجوز - كما ترجح آنفا - أن يُنقض الحكم القضائي المخالف للمسنون، وإن صادف قولا اجتهاديا تحتمله الأدلة، وهذا ما ورد في المجلة العدلية أنه: «لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص، لما أن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه»[٥]، كما نص عليه النظام السعودي: «للمحكوم عليه

---

(١) انظر: منح الجليل: ج٨/ص٣٥٠-٣٥١، المغني: ج١٠/ص٥٠.
(٢) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٩ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.
(٣) م١٨٥ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٨، المرجع: ص٤٨٦.
(٤) م ١٩١ مرافعات سعودي جديد.
(٥) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٠١ ص٣٦٧؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٧-٥٩٩.

الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها، أو تؤيدها محاكم الاستئناف متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي: ١- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها...»(١).

فالمانعون من الاستئناف يستندون إلى أنه يخرق قاعدة عدم نقض الأحكام الاجتهادية للقضاة، ويدعون أنها قاعدة مجمع عليها، لكن الأحكام الاجتهادية الخلافية لا وجود قضائيا لها في نظم القضاء القانونية الكاملة بشكلها المعاصر، والغريب أنهم - أي المانعين من الاستئناف - من أنصار القضاء القانوني(٢)، ومعنى هذا أنهم يقرون بأن ترجيح الحاكم العام في القضاء القانوني يرفع الخلاف، وبالتالي يقرون بنقض الحكم القضائي المخالف للمسنون من الحاكم وإن كان اجتهاديا، ويستدلون على ذلك بإجماع الصحابة أيضا(٣)، ولفك التعارض لابد من فهم أن الصحابة أجمعوا على حرمة نقض الأحكام في مسائل الخلاف، باستثناء المسائل التي أصدر الحاكم العام فيها قوانين ملزمة للقضاة رافعا للخلاف، أي إن قولهم بحرمة النقض في الاجتهاديات يتعلق بما لو لم يسن الحاكم أو سلطته التشريعية قانونا، وسمح للقضاة بالعمل فيه باجتهادهم، وهذا لا وجود له اليوم.

- أنهم لم يحددوا أي استئناف يقصدون بالتحريم، آلاستئناف الغربي، أم التمييز العثماني، أم الاستئناف السعودي، أم الاستئناف في الأنظمة العربية الوضعية؟ فإن فُهم من تغاضيهم عن التحديد أنهم يقصدون الاستئناف في جميع تلك النظم، فقد تضمن حكمهم التمييز العثماني والسعودي، وقد تقرر أنهما نصّا على أن الحكم المميَّز أو المستأنَف يؤيَّد إن كان موافقا من حيث نتيجته للأصول المشروعة، وهنا لا يعد مخالفا لقاعدة عدم نقض الحكم في مسائل الخلاف، وبوسعنا أن نقول إن الاستئناف في النظم الإسلامية لم يكن سوى وسيلة للتأكد من كون الحكم موافقا، أو غير موافق للشرع. والفارق الجوهري بينه وبين النقض أن الأصل إتاحته لكل الخصوم بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها، وأن الأصل فيه تأخير نفاذ الحكم.

---

(١) م١٩٣ مرافعات سعودي جديد.

(٢) يقول تقي الدين النبهاني في كتاب مقدمة الدستور: «يتبنّى الخليفة أحكاما شرعية معينة يسنها دستورا وقوانين، وإذا تبنى حكما شرعيا في ذلك، صار هذا الحكم وحده هو الحكم الشرعي الواجب العمل به، وأصبح حينئذ قانونا نافذا وجبت طاعته على كل فرد من الرعية ظاهرا وباطنا». ج١/ص١٦.

(٣) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

الفرع الثالث: الترجيح

تبين مما سبق أن شبهة الدليل الوحيدة التي استند إليها المانعون من الاستئناف هي الإجماع، وأنه لا طائل من إثبات هذا الإجماع أو نفيه هاهنا، لأنه – إذا ثبت – فهو إجماع على أنه لا يجوز النقض في الاجتهاديات، وهو أمر مختلف عن إعادة نظر موضوع القضية بعد حكم الحاكم الأول فيها، لأن غاية ما يدل عليه دليل المانعين من الاستئناف هو أن القاضي حينما يعيد النظر في القضية ينبغي ألا ينقض ما لا يجوز نقضه، وهو الحكم المبني على اجتهاد صحيح، وإن لم يكن راجحا، وينتج من ذلك أنهم لم يأتوا بدليل على مجرد منع إعادة نظر القضية، بل ربما يكون فيما رووه من حوادث دليل على جواز إعادة نظر القضية، بغض النظر عن عدم قبول الطعن موضوعاً، فكل من علي ﷺ وعمر ﷺ قد سمع دعوى الطعن، ونظر فيها، ثم أصدر حكمه بتأييد الحكم السابق، فليس في عدم رفضهما لنقض الحكم رفض لمجرد سماع دعوى الطعن.

ويتبين أيضا أن أكثر أدلة المجيزين لا تدل على جواز الاستئناف، وأن بعضها خارج عن الموضوع أصلا، فضلا عن أن يكون فيه متمسك لأصحاب الرأي الآخر ضدهم، ولم يصمد سوى دليل واحد، وهو حديث زبية الأسد على ما فيه من خلاف حول الثبوت.

وقد ترجح للباحث صحة الاستدلال بهذا الحديث، إلا أنه قد رأى أن ذلك الاستدلال قد يثير شبهات، فآثر أن يستعرضها، ويجيب عنها فيما يأتي:

- قد يقال إن قضاء علي ﷺ في حادثة الزبية قضاء قد تم في ظروف استثنائية، لا يقاس عليها، بمعنى أن القاعدة العامة في القضاء كانت تتمثل في نفاذ حكم قاضي أول درجة، ولو كان الأصل في القضاء وقتئذ مشروعية الاستئناف، وأن الحكم الابتدائي يبقى معلقا حتى يوافق عليه الخصوم أو يطعنوا فيه – أقول لو كان الأصل ذلك لما كانت هناك حاجة لاتفاق علي ﷺ مع الفريقين على أنه سيقضي بينهم قضاء، فإن رضوه نفذ، وإن لم يرضوه انتظروا عرضه على الرسول ﷺ، فقد قال لهم علي ﷺ: «تعالوا أقض بينكم بقضاء، فإن رضيتموه فهو قضاء بينكم، وإن أبيتم رفعتم إلى رسول الله ﷺ، فهو أحق بالقضاء»، فما معنى هذا الاتفاق لو كان هذا هو الأصل في المحاكم الإسلامية في عهد الرسول ﷺ؟ وكيف نتصور نظاما قضائيا يتيح حق الطعن بالاستئناف، ويجعل الأصل عدم نفاذ الحكم قبل مرور فترة الطعن، ثم نجد القاضي يقول لهم سأقضي بينكم قضاء إن رضيتموه نفذ، وإلا عرض على محكمة الاستئناف؟ لابد أن قول القاضي هذا يشي بأن هذا الأمر لم يكن أصليا في المحاكم، وأنه أمر استثنائي له ما يبرره، والأمر الاستثنائي لا يقاس عليه غيره، ولا يتخذ قاعدة عامة.

والإجابة عن هذه الشبهة: أن القضاء في عهد الرسول ﷺ، وخلفائه الراشدين كان يعتمد على اجتهاد القضاة فيما لم يرد فيه نص صريح من القرآن والسنة، وبالتالي ناسب ذلك احترام أحكام

واجتهادات القضاة الأول، فالمتوقع أن يمثل الاستئناف حالة استثنائية، وذلك مثل حالة إلزام القضاة ببعض الأحكام - كإلزامهم بإيقاع الطلاق الثلاث ثلاثا على عهد عمر[١] - وغير مستغرب أن يكون الاستثناء آنذاك قاعدةً اليوم في هذا المجال، كما ثبت من إقرار معظم العلماء اليوم للتقنين في جل مسائل القضاء[٢]، فيمكن القول إن اختلاف أحوال المسلمين اجتهادا وتقليدا، واختلاف النظام القضائي بين ترجيح وتقنين، بل تطور أشكال الحياة، وتطور تنظيماتها الدقيقة - كل ذلك قد يبرر أن الأمر الذي يحدث استثنائيا في العصور القديمة قد يصبح قاعدة مطردة اليوم، المهم هو أن يكون لهذه القاعدة أصل شرعي راسخ، وقد ثبت هذا الأصل بإقرار النبي ﷺ لفعل علي رضي الله عنه بقضائه المعلق، وأنه لو كان حراما ما أقره الرسول ﷺ، ولعاتب عليا، والقوم الذين معه لتعليقهم الحكم الواجب النفاذ.

- قد يقال إن القضية لها بُعد سياسي غير عادي، وقد تتسم بأنها حالة ضرورة، ويدل على ذلك قول علي رضي الله عنه: «وحمل القوم السلاح، فكادوا أن يكون بينهم قتال، قال: فأتيتهم، فقلت: أتقتلون مائتي رجل من أجل أربعة أناس»[٣]، ومما يدل على ذلك أيضا أن القوم لم يرفعوا القضية إلى محكمة أول درجة أصلا، بمعنى أنهم لم يذهبوا إلى المحكمة؛ بل تشاجروا، وورد في الحديث أن علياًّ رضي الله عنه هو الذي أتى إليهم، وليس العكس؛ حيث قال: «فأتيتهم»، وبالتالي لا يقاس على حالة الضرورة.

والرد على هذه الشبهة: أنه لابد من التسليم أن هذه الواقعة تنطوي على وضع ضروري طارئ، من خلال وصف سيدنا علي رضي الله عنه له، وأنه بتصرفه حقن الدماء، وأن هذا ما برر أخذه بنظام الاستئناف استثنائيا للضرورة في ظل القضاء الترجيحي، ففي القضاء الترجيحي عندما يعين القضاة يعينون على أساس اجتهادهم، وعلى أساس نفاذ أحكامهم من أول درجة، وبالتالي لا يجوز لقاض ما أن يغير النظام المطبق إلا في حالة ضرورة، كالتي في حادثة الزبية، أما في أنظمتنا اليوم فهي كلها تقنينية، ويتم تعيين القضاة على أساس الحكم بالملزِم من الأحكام والقوانين بغض النظر عن ترجيحاتهم، وأن أحكامهم الابتدائية تكون كلها معلقة - إلا ما استثني - فليس القاضي بحاجة إلى حالة ضرورة لكي يطبق هذا النظام.

مما سبق يترجح مشروعية الاستئناف، وأنه إن لم يكن حكما راجحا، فهو رأي فقهي معتبر، فينبغي طاعة الحاكم المسلم إذا قرره وأمر به، وبالتالي يجوز للحاكم أن ينظم القضاء على أساس درجتين، أما

---

(١) ذهب الدكتور وهبة الزحيلي إلى أن إلزام الخليفة عمر بذلك كان في القضاء، حيث قال: «ثم إن هذا الحكم إنما هو في القضاء، أما في الديانة فإن كل واحد يعامل فيها بنيته». الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي: ج٩/ص٣٨٥.

(٢) انظر ص٣٠-٣٣ من هذا البحث.

(٣) حديث حسن، سبق تخريجه بهامش ١ ص٢٩٣ من هذا البحث.

الدرجة الأولى فالأصل في أحكامها عدم النفاذ إلا بعد النظر أمام محاكم الدرجة الثانية، وأما أحكام الدرجة الثانية فيكون الأصل فيها أن تكتسب النفاذ.

والاستئناف بشكله الإسلامي القائم على الأصول الشرعية ما هو إلا أن يمر الحكم قبل تنفيذه بمرحلة يتاح فيها الاستيثاق من أن الحكم لا يخالف الأصول الشرعية، وأنه حكم صحيح مستوف لما اشترطه الشارع، ومن تلك الأصول - كما تقرر - أن يكون بني على اجتهاد صحيح، حتى ولو خالف تقدير قاضي الاستئناف.

وهو ظاهرة ما كانت لتوجد في القضاء الترجيحي إلا استثناءً كما في حادثة الزبية، واليوم بعد أن قَبِل جل العلماء بالقضاء القانوني صار متصورا وجود الاستئناف وجوازه.

وأهم ما ينبغي تقريره هاهنا أن التقاضي على درجتين لم يعرف في النظم الإسلامية إلا بعد تبني فكرة التقنين، واستناد القضاء إلى أحكام مسنونة جاهزة تعفي القاضي من طلبها عن طريق الترجيح، بل تحظر عليه ذلك.

ومن مقتضيات هذا الأمر تطور فكرة عدم نقض الحكم في المسائل الخلافية المعتبرة، إلى فكرة عدم نقض المخالف لما سنه الحاكم، حتى ولو صدر عن اجتهاد صحيح، تلك الفكرة التي زرع بذورها القرافي، من خلال تأكيده على أن ما يحكم به الحاكم يرتفع فيه الخلاف، فيعامل كأنه نص من الله تعالى(١)، ثم طورته مجلة الأحكام العدلية بالنص على أن الحكم المخالف للأمر السلطاني مردود(٢)، ثم نصت عليه الأنظمة السعودية(٣).

وبالتالي لا يكون ثمة دليل يحتج به مانعو الاستئناف، وتبقى حادثة زبية الأسد هي الدليل الوحيد الذي يصلح للاستدلال في هذا الموضوع.

وينبغي تقرير نقطة مهمة أخرى هاهنا، وهي أن الذي ترجح في هذه الدراسة هو جواز الأخذ بنظام الاستئناف، وليس وجوبه، وإن وجوبه لم يطرحه أحد - بحسب اطلاع الباحث - وبالتالي يجوز للحاكم المسلم، أو للهيئة التشريعية النائبة عنه أن تأخذ بالاستئناف، ويجوز لها ألا تأخذ به، بناء على وجهة نظرها في الأصلح لحال المسلمين، وواقعهم، وهذا بذاته ينقلنا إلى الموضوع التالي، وهو فكرة التقاضي على درجتين عقلا.

---

(١) انظر: الإحكام للقرافي: ص٨٠.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٨، ص٦٠٧.

(٣) انظر: م١٩٣ مرافعات سعودي جديد.

المطلب الثاني
الاستئناف والتقاضي على درجتين عقلا

اختلفت الحجج العقلية المتعلقة بالاستئناف، والتقاضي على درجتين، فثمة حجج تؤيده، وثمة حجج أخرى ترى عدم صوابه، وفيما يأتي بيان ذلك:

أولا: الحجج المؤيدة للتقاضي على درجتين

يرى مؤيدو الاستئناف بوصفه يمثل درجة ثانية من التقاضي أنه صحيح عقلا؛ نظرا لما هو آت من أسباب:

أ- أنه أقرب إلى تحقيق العدالة:

فمما ذكر في ذلك أن «في الحكم الاستئنافي قوة أعظم، وثقة أكبر مما في الحكم الابتدائي، نظرا لأن القضاة الذين أصدروه في الاستئناف هم في الغالب أكثر عددا، وأكبر سنا، وأوفر خبرة»[(١)]، وبذلك «يعتبر الحكم المنهي للنزاع عنوانا للحقيقة، ويكون على درجة كبيرة من اليقين والصحة، فالنزاع يجب طرحه على درجتين تحقيقا للعدالة»[(٢)]، «فحسن سير القضاء يستلزم أن يطرح موضوع النزاع على درجة ثانية أعلى... حتى تصدر الأحكام متمشية مع القانون، وخالية من الأخطاء»[(٣)].

وقد اعتُرض ذلك بأن العدالة المطلقة لا دليل على أن الاستئناف كفيل بتحقيقها؛ لأنه «لا شيء يضمن صدور الحكم من محكمة الدرجة الثانية على نحو أفضل من حكم محكمة الدرجة الأولى، فقد يكون حكم محكمة الدرجة الأولى أكثر مطابقة للقانون»[(٤)]، وقد تبين كيف أن سليمان ﵇ آتاه الله الحكمة، وهو صغير، وأن صحة القضاء يحدث من ملكة الفهم، أكثر من حدوثه بالسن، أو العلم، أو الخبرة، وأن هذه الملكة قد تكون لدى الشاب الحدث، ويحرم منها من له باع طويل في ممارسة القضاء.

والحقيقة أن الخبرة تزيد الكفاءة، وتقلل احتمال الخطأ، ولكن لا مجال للجزم بأنها تنتج أحكاما صحيحة دائما.

---

(١) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٤؛ وانظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٤؛ حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٧.

(٢) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٩.

(٣) السابق: ص٣١؛ وانظر: عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء: ص١٩٦.

(٤) محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٤.

ب- أنه يعالج ما قد يشوب الحكم من أخطاء:

«فالحكم إذا كان عنوان الحقيقة، ومانعا لإعادة طرح النزاع أمام القضاء، إلا أنه عمل إنساني، وقد يشوبه خطأ أو قصور، فقد يحيد القضاء عن جادة الصواب، لتحيز منهم، أو لقلة عناية بتمحيص الوقائع، أو لقلة إلمام بقواعد القانون، وكيفية تطبيقها... وتنظيم درجة ثانية للتقاضي تصلح عيوب الحكم من حيث الوقائع، ومن حيث سلامة تطبيق القانون»(١).

وأن ذلك يحدث في الاستئناف بفضل ما أعطاه من حق للخصم «ليعاود الدفاع عنه حقه في مرحلة ثانية، بما سبق أن طرحه من أدلة، وأوجه دفاع على محكمة أول درجة، وبما قد تتوافر له من أدلة، وأوجه دفاع جديدة»(٢)، وأن من فوائده «تدارك أخطاء قضاة أول درجة - قليلي العدد والخبرة صغيري السن - مما يحقق العدالة على أحسن وجه»(٣).

ومبرر ذلك أن قضاة الاستئناف «ينظرون الدعوى مرة أخرى بعد أن تكون قد حُققت أمام محكمة الدرجة الأولى، وتوضحت بالمناقشات»(٤)، «فبحث الدعوى مرتين يقلل فرصة الخطأ، ويظهر عناصر النزاع، بحيث يستطيع قضاة محكمة الدرجة الثانية استكمال ما يكون قد فات على قضاة محكمة الدرجة الأولى، وترتب على ذلك نقص، أو قصور في الحكم»(٥)، وذلك أن «الفحص المزدوج لذات الإجراءات، والحكمين الصادرين واحدا بعد الآخر في نفس الإدعاء(٦) هما السبب الوجيه الذي يقوم عليه مبدأ التقاضي على درجتين في التشريعات الحديثة»(٧).

ويجاب على ذلك بأنه: نعم، هو مزيد من احتمالات الصحة للأحكام ببحثها مرتين، ولكنه لا يمنع أن يكون الحكم الأول صوابا، وأن قضاة الاستئناف قد يخطئون، ويقررون غيره، والأمر أولا وأخيرا مسألة نِسَبٍ، فإذا تقرر ذلك فينبغي على العقل أن يقرر أيهما أفضل: زيادة نسب الصحة مقابل إطالة عمر النزاع وتكاليفه، أو عكس ذلك هو الأفضل.

---

(١) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٥؛ وانظر: حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٧.

(٢) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٤٠.

(٣) السابق: ص٢٧؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٤٣-٦٤٤.

(٤) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٥؛ وانظر: حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٧.

(٥) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٨.

(٦) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الادعاء».

(٧) السابق: ص٢٨؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٤٤.

ج- أن الاستئناف يحث قضاة الدرجة الأولى لبذل الوسع في أن تكون أحكامهم سليمة

وذلك لعلمهم أنها ستُنظر في الاستئناف، فهو «يحث قضاة محاكم الدرجة الأولى على العناية بأحكامهم والتأني في إصدارها خشية إلغائها، أو تعديلها من محاكم الدرجة الثانية»(١).

ويرد على هذا بأن ذلك الدافع لا يمكن تفعيله إلا بتقنين مسؤولية القاضي عن الحكم الأول، بأن يُحقق معه ويعاقب، أو يلفت نظره، وطالما لا يوجد هذا الأمر فإن قضاة الدرجة الأولى لا يمثل الاستئناف دافعا حقيقيا لتصويب أحكامهم.

د- أنه الاستئناف يشيع جوا من الراحة النفسية لدى المتقاضين:

وذلك لأنه «يشبع غريزة العدالة في نفس المحكوم عليه، بإتاحة الفرصة أمامه بعرض النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة قضاتها أكثر عددا، وأكثر خبرة»(٢).

ويمكن يرد على ذلك بأن الراحة النفسية نسبية، فقد يكون بعض المتقاضين يفضلون السرعة في الفصل، لاسيما إذا كانوا أصحاب حق موثوق فيه، فهنا يتطلعون إلى القضاء السريع المنجز، فالشكوى من طول القضاء لا تقل خطورة عن الشكوى من عدم دقته.

ثانيا: أبرز الحجج الرافضة للتقاضي على درجتين

أ- أن التقاضي على درجتين يطيل عمر النزاع(٣)

وقد يرد عليه بأن «حسن سير العدالة يقتضيه، لإتاحة الفرصة للمتقاضين لتصحيح أخطاء أول درجة»(٤)، أي إنه ليس إطالة لعمر النزاع بلا طائل، بل بغية الوصول إلى أحكام أكثر دقة وصوابا.

ب- زيادة نفقات التقاضي(٥)

ولهذا «ينادي البعض بقصر التقاضي على درجة واحدة، وبجعل المتقاضين في وضع متكافئ، وذلك بعدم السماح بعرض النزاع مرة ثانية أمام محكمة أعلى إلا لمن كان قادرا على النفقات»(٦)، وأن «الاستئناف حق يتمتع به الغني دون الفقير؛ لأن الأول يتحمل نفقاته بغير عناء، دون الآخر»(٧).

---

(١) محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٣.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، ص٢٧، محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٤.

(٤) السابق: ص٢٨؛ وانظر: أحمد محمد حشيش، الوجيز في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٠م: ص١٠٨-١١٢.

(٥) انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٧، حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٩؛ عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء: ص١٩٦-١٩٧.

(٦) حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٩.

(٧) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٧.

وقد رُدَّ على ذلك بأنه أما «المنازعات قليلة القيمة فلم يجز استئناف الأحكام الصادرة فيها»[١]، وأما المنازعات كبيرة القيمة فالفقير «يمكنه طلب المعونة القضائية من المحكمة، وهو لا يتحمل في النهاية مصاريف استئنافه، لحيث يكسبه يتحمل المحكوم ضده هذه المصاريف»[٢].

وقد يجاب على ذلك بأن محدود الدخل لا يستطيع الإفادة من المعونة القضائية لصعوبة إثبات فقره، ولكن المصروفات مع ذلك قد تثقل كاهله، وهو لا يعلم أيحكم له أم ضده، فيكون عرضة للعزوف عن الاستئناف، في حين أن الغني لا يجد غضاضة في تحمل النفقات.

ج- إمكان الاعتماد على قضاة الاستئناف فقط

وذلك أنه «إذا كان قضاة ثاني درجة – وهم غير معصومين – أقدر من قضاة الدرجة الأولى، فلماذا لا يلغى قضاء الدرجة الأولى؟ ولم لا يحتكم الخصوم من أول الأمر إلى المحكمة التي يرون أنها أفيد للخصوم وأكرم للقضاء؟ لماذا نلزمهم بتضييع وقتهم وأموالهم أمام محاكم الدرجة الأولى؟»[٣].

وقد يجاب بأن الغاية من الاستئناف نظر القضية مرتين، بهدف تدقيق الحكم وإخراجه أقرب إلى الصواب من النظرة الواحدة، وأن إلغاء محاكم الدرجة الأولى سيجعل قضاء الدرجة الثانية في الحقيقة درجة أولى، أما الاقتصار في نظر القضايا على القضاة الأكثر خبرة فهذا قد يكون حلا غير واقعي بسبب قلتهم[٤].

د- أننا إذا قبلنا بمبدأ تعدد درجات التقاضي سنلجأ إلى التعسف في تحديد عددها:

لأنه في حالة التقاضي على درجتين قد يسأل سائل: إن كان هذا حقا يتمثل في الحصول على حكم أكثر صوابا، ولو أدى ذلك إلى إطالة أمد النزاع نسبيا، «فلماذا لا ينظم المشرع للمتقاضين درجة ثالثة، أو رابعة للتقاضي للوصول إلى حكم أكثر عدالة»[٥] وقد حدث بالفعل أن «بعض التشريعات الوضعية كانت تجعل التقاضي على ثلاث درجات أو أكثر مثل فرنسا في العهد السابق للثورة الفرنسية؛ حيث وصلت إلى خمس درجات في بعض الحالات، إلى أن تقرر التقاضي على درجتين أول مايو ١٧٩٠م، وما زال هذا المبدأ سائدا في فرنسا منذ ذلك التاريخ»[٦].

وأجيب على ذلك بأن «التقاضي يجب أن يقف عند هذا الحد، أن نكتفي بدرجتين فقط،

---

(١) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٨.

(٢) السابق: ص٢٨.

(٣) السابق: ص٢٨، وانظر: محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٤.

(٤) انظر: أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٩؛ محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٥؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ٦٤٤.

(٥) محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٤.

(٦) حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٨٥.

فالبحث عن العدالة المطلقة أمر لا حد له، والتقاضي إذا تم على درجات عديدة فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تأبد المنازعات، واستحالة أن يحصل صاحب الحق على حقه»[١].

ويرد على ذلك الجواب بأنه لا سبيل إلى العدالة المطلقة حقا، ولكن المسألة تتعلق بزيادة نسب الدقة واحتمالاتها، فيكون الاكتفاء بدرجتين هكذا دون مبرر هو محض تعسف، وإلا لماذا لا نكتفي بثلاثة درجات فقط، وهي أيضا تضع حدا لتأبيد المنازعات.

والحل الأمثل هو أن يقام بدراسة إحصائية في المجتمع تعتمد على قياس مجموعة أوضاع مؤثرة في درجات القضاء، مثل حال القضاة، من حيث الكفاءة والإتقان، وحال القضايا من حيث تراكمها أمامهم، وحال المتقاضين، ومدى رضاهم عن صواب الأحكام، وطول فترة النزاع، فإن كان القضاة في وضع ممتاز، ولكن القضايا تتراكم بشكل كبير، والمتقاضون يشكون من طول فترة النزاع، فهنا السبيل الأمثل هو قلة درجات التقاضي، أو درجة واحدة فقط، أما إن كانت الشكوى من كثرة الأخطاء، والقضاة على قلة من الكفاءة والثقة، فبحسب ذلك تزيد درجات التقاضي، ولا يكون ذلك اعتسافا.

هـ- أن فكرة الاستئناف إفراز لمشكلة تاريخية في أوربا وقد انتهت:

وذلك أن الاستئناف «ليس ضمانة حقيقية تهدف إلى تصحيح الأخطاء المحتملة في الحكم الابتدائي، وإنما هو محض ناتج اجتماعي لحل مشكلة لم تعد موجودة، وهي المركزية والتوحيد... وما نشأ في فرنسا إلا كوسيلة سعى بها الملوك إلى التغلب على سلطة القضاء افقطاعي[٢]، وتجميع مختلف إدارات العدالة في أيديهم... لكنه سار مع الزمن جيلا بعد جيل، دون تساؤل عن قيمته، ومدى تجاوبه مع الحاجة الجديدة، فلولا العادة لاندثر الاستئناف كتنظيم مخالف للطبيعة»[٣].

وقد اعترض على ذلك بأن هدف الاستئناف حاليا ليس تحقيق المركزية، «فهذا الهدف قد اندثر تماما، وحل محله هدف آخر هو تصحيح الأخطاء المحتملة في الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى، وبالتالي فهو ضمانة حقيقية هدفها سلامة الحكم»[٤].

---

(١) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٣٠، وانظر: أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٨١ بند٣٥١؛ حيدر دفع الله، درجات التقاضي: ص٩٨.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الإقطاعي».

(٣) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين: ص٢٦-٢٧.

(٤) السابق: ص٢٧.

ثالثا: المناقشة والترجيح

أول ما يتحتم علينا تقريره هاهنا أن فقهاء الشريعة فرقوا في القضاء بين نوعين من الخطأ في الأحكام كالآتي:

- خطأ بيِّن: وهو ما خالف دليلا مجمعا عليه أو مقطوعا به.
- خطأ محتمل للصواب: وهو في المسائل الاجتهادية.

ففي النوع الأول أوجبوا تصحيح ذلك الخطأ بكل سبيل، وفي النوع الثاني قدموا مثالا رائعا فريدا في احترام وجهة النظر الأخرى، وفي اعتبار أن الرأي الراجح لدى أي منهم صواب يحتمل الخطأ، ولا مزية له بالتالي عن مخالفه.

ورغم أن القضاء القانوني قد يضع حدا للخلاف الفقهي، ويجعل كل التشريعات تكتسب القطعية، إما لأدلتها المجمع عليها، وإما لأن السلطة التشريعية سنتها، أقول – ورغم ذلك يستفاد من تصنيفهم للخطأ أن الأحكام القضائية التي يصدرها قضاة أول درجة يكون الخطأ فيها نوعان:

- خطأ بيِّن، وهو المخالف للمسنون من القوانين مخالفة صريحة.
- وخطأ محتمل، وهو فيما سوى ذلك مثل تنزيل مادة قانونية عامة على موضوع قضية يكون في مادة خاصة، بحيث لا يدرك التعارض بداهة، ومثل أن يكون المسألة عند فقهاء القانون وشراحه فيها خلاف دقيق.

وهنا الاستئناف لا يمكن فيه إعمال السلطة التقديرية لقضاة الاستئناف – مع علمهم، وخبرتهم، وعددهم – إلا في النوع الأول فقط، بمعنى ألا يسمح لهم بنقض الأحكام من النوع الثاني؛ لأن رأيهم فيها صواب محتمل الخطأ، ورأيهم ليس أولى من سواه.

وهذا يفسر ما استقر في أنظمة الاستئناف الإسلامية من أن الاستئناف أصبح أداة رقابية على موافقة الحكم للأصول المشروعة، وسيتبين في الصفحات القادمة.

بهذا يتضح أن الرأي العقلي الراجح مختلف عن كلا الرأيين المطروحين من مؤيدي الاستئناف ومعارضيه؛ إذ إنه يختار التفصيل حسب نوع الخطأ، أي إن الرأي المختار إذن سينتصر لجواز الاستئناف – عقلا – وجدواه في الأخطاء الجلية غير النسبية، وسينتصر لعدم جواز الاستئناف عقلا، وعدم جدواه فيما يتعلق بالأخطاء النسبية غير الجلية، والتطبيق العملي لذلك هو ما جاءت به النظم الإسلامية من وجوب تقيد سلطان محكمة الاستئناف بموافقة منطوق الحكم المستأنف من حيث نتيجته للشريعة، فإن وافقها لا يجوز لمحكمة الاستئناف تعديله، أو إلغاءه، وإن خالف تقدير تلك المحكمة.

المبحث الثالث

محكمة الاستئناف

يشتمل هذا المبحث على ما يأتي:

- المطلب الأول: محكمة الاستئناف واختصاصها في النظم الإسلامية
- المطلب الثاني: محكمة الاستئناف المصرية واختصاصها
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول
محكمة الاستئناف واختصاصها في النظم الإسلامية

لم تُرو في واقعة زبية الأسد تفاصيل حول كيفية إعادة الرسول ﷺ للنظر فيها، وهل سمع الخصوم، وأعاد إجراءات النظر في القضية، وأعاد المرافعة، أم اكتفى بالنظر دون مرافعة، وإعادة حجج الخصوم، فكل ما يرشدنا إليه نص الحديث هو أنها لابد أن تتشكل ممن هم أعلى درجة وأكثر دراية، فقد ورد في قول سيدنا علي: «تعالوا أقض بينكم بقضاء، فإن رضيتموه فهو قضاء بينكم، وإن أبيتم رفعتم إلى رسول الله ﷺ، فهو أحق بالقضاء»(١).

ولم تخصص محكمةٌ بعد ذلك - بحسب اطلاع الباحث - لمجرد إعادة النظر في الحكم القضائي قبل تنفيذه، وبغض النظر عن مشروعية أسبابه، قبل ظهور التمييز العثماني.

وإذا كان النقض في الفقه الإسلامي قد يحدث من نفس القاضي الذي يصدر الحكم، ومن أي قاض آخر يملك صلاحيات القضاء، ويجوز من قاضي المظالم وغيره، فإن محكمة الاستئناف (أو هيئة التمييز) قد توحدت في النظم الإسلامية، وانفردت باختصاصها، بحيث لا يجوز لغيرها النظر في الاستئناف أو التمييز، وفيما يأتي ذكر لوصف هيئة الاستئناف أو التمييز، واختصاصها في النظم التي في نطاق الدراسة:

أ- هيئتا التمييز العثمانيتان واختصاصهما:

في الدولة العثمانية كان الكيان المقابل لمحكمة الاستئناف يتمثل في هيئتين: هما دائرة الفتوى، ومجلس التدقيقات الشرعية، فقد ورد في شرح المجلة: «بموجب التعليمات السنية الصادرة في ٢٢ المحرم سنة ١٣٠٠هـ في حق تميز واستئناف الأحكام الشرعية، إن مرجع تمييز الإعلامات الشرعية هي دائرة الفتوى، ومجلس التدقيقات الشرعية، فالاعتراضات المتعلقة بالصك والسبك تدقق في دائرة الفتوى، والاعتراضات التي تكون خارجة عنها، أي موافقة الإعلام الشرعي للضبط، وموافقة الضبط للأصول المشروعة يدقق تمييزا من مجلس التدقيقات الشرعية»(٢).

فالأمور الشرعية المتعلقة بحكم المسألة في الشرع الإسلامي تبحث في دائرة الفتوى، والأمور الواقعية تبحث في مجلس التدقيقات الشرعية.

وإذا قام أي من الهيئتين المذكورتين بتمييز الحكم، ووجدت أن به خللا يستحق نقضه فإنهما

---

(١) حديث حسن: سبق إيراده بتمامه، وسبق تخريجه بهامش ١ ص٢٩٣.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

تنقضانه، ثم لا تحكمان في الموضوع، بل تعيدانه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض لتعيد النظر في الموضوع مرة أخرى، فقد ورد في شرح المادة (١٨٣٩) المنظِّمة لتمييز الأحكام القضائية: «يدقق الإعلام المذكور، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإن كان غير موافق ينقض... ويحرر على الإعلام حينا عبارة: أن صكه وسبكه أي إن الحكم الشرعي الصادر غير موافق لمسألته الشرعية نظرا للإعلام، أو يحرر أن الحكم غير خال من الخلل، أي بدون تفصيل وبيان أسباب الخلل، ويبين أحيانا أسباب الخلل والنقض، ويختم هذا الشرح بالختم المذكور، ويعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم؛ لرؤية الدعوى مرة أخرى»[١].

ومعنى أن تجد محكمة التمييز الحكم القضائي موافقا للأصول الشرعية، أي تحتمله الدلالات الشرعية، ولو من وجهة نظر القاضي الذي أصدره، وإذا كان ثمة خلاف بين وجهة نظر القاضي الأول الذي أصدر الحكم، وقضاة التمييز فإنها لا تؤثر في تصديق الحكم وتأييده.

إذن فمحكمة التمييز ليس لها سلطة لإعمال اجتهادها ورأيها في الموضوع، من ناحية تفسير القوانين أو الأدلة، وإنما يقتصر عملها على النقض، أو التأييد بحسب مخالفة الأصول المشروعة أو موافقتها.

وهنا يرد تساؤل مهم: إذا كان دور هيئة التمييز في الدولة العثمانية هو الرقابة على قانونية الحكم القضائي، وإصدار حكمها بشأن نقضه أو تأييده، فهل ثمة فارق بين النقض والتمييز؟

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من الإشارة إلى ما تقرر في فصل الطعن بالنقض: أنه لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم، وأنه لابد للطاعن من الاستناد في طعنه إلى أسباب محصورة بالقانون، وهذان الأمران هما عنصرا الاختلاف الرئيس بين النقض والتمييز، فالأصل في التمييز وقف نفاذ الحكم انتظارا لنتيجة النظر فيه، كما أنه متاح لأي من الخصوم بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها، فقد نصت المجلة على ربطه بالقناعة الشخصية للمحكوم عليه.

هذان هما الخلافان الجوهريان بين النقض والتمييز العثماني، ومع هذين الخلافين يوجد تشابه يسبب خلطا بينهما، فيُظنان بسبب هذا الشبه شيئا واحدا، وهو أن عمل الهيئة القائمة بالنقض أو التمييز هو عمل واحد، وهو النظر في موافقة الحكم لأصوله المشروعة، فإن ثبتت الموافقة يكون الحكم بتأييد الحكم، وإلا نقضته تلك الهيئة، ولا تفعل سوى ذلك، ولعل هذا يبرر أن المملكة السعودية جعلت مصطلح التمييز يشمل النقض والاستئناف في النظام القديم، وكانت محكمة التمييز تقوم بالدور الحالي للمحكمة العليا ومحكمة الاستئناف.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

ب- محكمة التمييز السعودية:

إذا كانت هيئتا التمييز العثمانيتان لم يطلق عليهما (محكمة) في الفكر القضائي العثماني، فإن التمييز السعودي كانت له محكمة تختص بالنظر في الاعتراض بطريق التمييز، وقد نصت المادة (١٧٣) من النظام القديم على أن: «طرق الاعتراض على الأحكام هي التمييز، والتماس إعادة النظر» وفي المادة (١٨٣): «تفصل محكمة التمييز في طلب الاعتراض...»[١].

والأصل في عمل محكمة التمييز السعودية هو أنه في حالة عدم تأييدها للحكم أن تسجل ملحوظاتها - والمقصود بالملحوظات هنا المؤثرة في تصديق الحكم - وترسلها إلى القاضي الذي أصدر الحكم، فينظر في تلك الملحوظات، فإن اقتنع بها يعرضها على الخصوم، ويسمع أقوالهم، ثم يحكم من جديد، وإن لم يقتنع بالملاحظات يجيب محكمة التمييز برأيه، فإذا اقتنعت برأيه أمضت الحكم، وإلا نقضته، وتحيل القضية إلى قاض آخر[٢]، وقد ذكر الدكتور أحمد هندي أن ذلك النظام الفريد قد اختصت به محكمة التمييز السعودية[٣].

ومن أمثلة ذلك ما حكمت به المحكمة الكبري بالرياض بشأن إلزام المدعى عليه بمبلغ من المال، يعادل قيمة إيجار أرض يملكها المدعي؛ بسبب شغل المدعى عليه تلك الأرض ببضاعة اشتراها من المدعي، ولم يفرغ الأرض لمدة نحو سنة وثمانية شهور؛ لذا طالب المدعي المدعى عليه بدفع إيجار عن تلك الفترة على سبيل التعويض، فأصدرت المحكمة حكمها بإلزام المدعى عليه بدفع قيمة الإيجار المذكور، وبإفراغ الأرض، وتسليمها للمدعي. وقد تدوولت القضية عدة مرات بين محكمة التمييز، وقاضي محكمة الرياض الكبري، وبيان ذلك فيما هو آت:

- قنع المدعي بالحكم، لكن المدعى عليه طلب التمييز.
- أعادت محكمة التمييز القضية إلى المحكمة الكبرى، ومعها ملاحظات منها:
    - أن البضاعة لم يستطع المدعى عليه إفراغ الأرض منها بسبب المدعي، وأن قاضي المحكمة الكبرى لم يناقش ذلك.
    - أن المدعي كان قد ادعى قبلئذ بدعوى أخرى أمام محكمة الرياض يطالب فيه المدعى عليه بدفع ثمن إزالة المخلفات، مما يثبت أن المخزن كان خلوا من البضاعة حينها، وقد صدر حكم في هذه الدعوى يثبت أن المخزن قد خلا من البضاعة، وأن النزاع كان في المخلفات.

---

(١) م١٨٣ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣١؛ المبسط: ص٣٠٨، المرجع: ص٤٨٦.

(٢) انظر: م١٨٧، ١٨٨ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٤١-٢٥٥؛ المبسط: ص٣٠٨-٣١١، المرجع: ص٤٨٦-٤٨٨.

(٣) أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية: ص٧٠.

- قاضي المحكمة الكبرى أصر على حكمه، وأجاب عن ملاحظات محكمة التمييز كالآتي:
  - بالنسبة للملحوظة الأولى فإنه سأل المدعي، فقال إنه لم يكن السبب في تعطيل الإفراغ؛ بل كان السبب هو ديون على بائع سابق للأرض.
  - بالنسبة للملحوظة الثانية فإنه سأل المدعي عن ذلك فقال إن المخزن كان به مخلفات وبضاعة معا.
- ردت محكمة التمييز بأن التعطيل كان بغير إرادة المدعى عليه، وأن حكم المحكمة في التعويض عن إزالة المخلفات هو الحجة التي ينبغي العمل بها.
- رد قاضي المحكمة الكبرى بأن العقد الذي بين المدعي والمدعى عليه هو الأصل، وإنفاذه واجب، وبالتالي أصر على حكمه.
- ردت محكمة التمييز بأن بيع البضاعة الذي كان بين الطرفين لم يحدث فيه تسليم صحيح، يتمكن فيه المدعى عليه من الإفراغ، وبأن الحكم الصادر في مسألة التعويض عن تنظيف المخزن لم يذكر أي بضاعة.
- وأخيرا رجع القاضي عن حكمه، وحكم بعدم استحقاق المدعي لما يدعيه.
- قنع المدعى عليه بالحكم الجديد، ولم يقنع المدعي، وطلب التمييز.
- حكمت محكمة التمييز بتصديق الحكم الأخير للقاضي، وبصحة رجوعه عن حكمه السابق(١).

إذن فالأصل في محكمة التمييز السعودي أن تنظر وتحكم «استنادا إلى ما يوجد في الملف من الأوراق، ولا يحضر الخصوم أمامها ما لم تقرر ذلك، أو ينص عليه النظام»(٢).

والأصل في اختصاص تلك المحكمة أنه يقتصر على نقض الحكم أو تأييده، فإذا وجدت «أن منطوق الحكم موافق من حيث نتيجته لأصوله الشرعية صدقته، مع توجيه نظر القاضي إلى ما قد يكون لها من ملحوظات»(٣)، والمقصود بالملحوظات هنا أي «التي لا تؤثر على الحكم، ولا تمنع من تصديقه»(٤).

---

(١) انظر: مدونة الأحكام القضائية: ج١/ص٨٢- صك رقم: ٢٠/٥٢٤ بتاريخ ١٤٢٤/١٢/٢٦هـ.
انظر أيضا: ج١/ص١١٠- صك رقم ٣١/٣٢٨- بتاريخ ١٤٢٥/١٠/٢٤هـ
ج١/ص١٢٦- صك رقم: ١٦/٣٥٨ بتاريخ ١٤٢٥/١١/١٦هـ
ج١/ص١٥٠- صك رقم: ٣١/٢٧٨ بتاريخ ١٤٢٥/١٢/٢٩هـ
ج١/ص١٦٠- صك رقم: ١٠/١٥٧ بتاريخ ١٤٢٥/٤/١٢هـ.

(٢) م١٨٣ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣١؛ المبسط: ص٣٠٨، المرجع: ص٤٨٦.

(٣) م١٨٥ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٨ - ٣١١، المرجع: ص٤٨٦.

(٤) م١/١٨٥ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٨ - ٣٠٩، المرجع: ص٤٨٦.

ويبدو أن موافقة الأصول الشرعية في الفقه القانوني السعودي هي امتداد للمعنى المقرر في الفقه الإسلامي، والذي أخذت به المجلة العدلية العثمانية؛ حيث كان موافقة الحكم القضائي للأصول الشرعية، أي احتماله الدلالات الشرعية، ولو من وجهة نظر القاضي الذي أصدره، وإذا كان ثمة خلاف بين وجهة نظر القاضي الأول وقضاة التمييز فإنها لا تؤثر في تصديق الحكم وتأييده.

وقد استثني النظام السعودي من ذلك «إذا كان الموضوع بحالته صالحا للحكم، واستدعت ظروف القضية سرعة الإجراء جاز لها أن تحكم فيه، فإذا كان النقض للمرة الثانية وجب عليها أن تحكم في الموضوع»[1]، وقد تعرضت الدراسة لذلك في فصل الطعن بطريق النقض[2].

هذا ويقتصر نظر محكمة التمييز على بحث الاختصاص فقط إذا كان الاعتراض على الحكم لمخالفته الاختصاص[3].

ج- محكمة الاستئناف السعودية:

تمثل بعض أحكام الاستئناف السعودي امتدادا لبعض أحكام التمييز السعودي المشار إليها آنفا، مثل كون محكمة الاستئناف لابد أن تقرر هي إذا كان الموضوع بحاجة إلى مرافعة الخصوم، وإلا فتنظر في طلب الاستئناف أو التدقيق استنادا إلى ما في الملف من أوراق وبينات ودفوع[4]، ومثل أن محكمة الاستئناف إن وجدت أن منطوق الحكم موافق من حيث نتيجته لأصوله الشرعية أيدته مع التوجيه إلى ما قد يكون لها من ملحوظات غير مؤثرة في الحكم[5].

أما الجديد في الاستئناف السعودي فقد شكل قفزة على طريق اختصاص محكمة الاستئناف بالنظر في الموضوع، بحيث جعلها النظام تحكم فيما نقضت من أحكام، فلا تحيله إلى نفس القاضي، ولا إلى غيره[6]، ويستثنى من ذلك ما إذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم أول درجة لصدوره بعدم الاختصاص، أو لقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى.

والجديد المترتب على ما سبق أنه لم تعد هناك مراسلات، ومحاولات إقناع متبادلة بين محكمة التمييز وقاضي الدرجة الأولى[7].

---

(١) م١٨٨ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٤٤؛ المبسط: ص٣١٠، المرجع: ص٤٨٧-٤٨٨.

(٢) انظر: ص ٦٥-٦٦ من هذا البحث.

(٣) انظر: م١٨٦ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٣٩؛ المبسط: ص٣٠٩، المرجع: ص٤٨٦.

(٤) انظر: م١٩٠/٢ مرافعات سعودي جديد.

(٥) انظر: السابق: م١٩١.

(٦) انظر: السابق: م١٩٢/ ٢، م١٩١.

(٧) انظر: السابق: م١٩٢/ ٢، م١٩١.

وثمة فرق بين طلب التدقيق وطلب الاستئناف، فطلب التدقيق يكتفي فيه المعترض بطلب نظر محكمة الاستئناف دون مرافعة أو جلسات يحضر فيها الخصوم، غير أن قرار محكمة الاستئناف في ذلك هو المحك، فهي التي تقرر ما إذا كان الطلب ينظر تدقيقا أو استئنافا[١].

والجديد من حيث التنظير القضائي أن النظام السعودي الجديد قد جعل الاستئناف درجة ثانية من التقاضي، ونص على ذلك حيث قال: «جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تكون قابلة للاستئناف...»[٢]، فكان هذا أول نص رسمي في القضاء الإسلامي في المملكة على تعدد درجات التقاضي بحسب اطلاع الباحث. صحيح أن محكمة التمييز كانت تقوم بما يشبه ذلك، لكن لم يكن النص على تعدد الدرجات، وكان الأصل في محكمة التمييز الرقابة على موافقة الحكم للأصول، أو مخالفته لها، وكان الأصل فيها ألا تحكم في الموضوع.

وتعدد الدرجات يعني أن محكمة الدرجة الثانية لا يسمح لها بالفصل في أمر إلا إذا سبق الفصل فيه من محاكم الدرجة الأولى، واستنفدت محاكم الدرجة الأولى ولايتها عليه، ومن هنا ورد نص جديد لأول مرة أيضا، وهو «لا تقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها»[٣]، وجدير بالذكر أن هذه المادة بنصها جزء من مادة في قانون المرافعات المصري.

ولكن رغم هذا التجديد بقي النص على أنه: «إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية أيدته...»[٤]، وبالتالي ظل الاستئناف الإسلامي بجميع صوره - بحسب اطلاع الباحث - يقيد سلطان محكمة الاستئناف طالما كان الحكم الأول محتملا شرعا، أو ظني الدلالة، أو وافق اجتهادا معتبرا من القاضي الأول، فهنا لا تملك محكمة الاستئناف إعمال اجتهادها الذاتي مهما اتسعت خبراتها القضائية والاجتهادية لتعديل الحكم أو إلغائه. وإنما تملك فقط التوجيه بملاحظات لا تقتضي نقض الحكم، وهي - فيما يبدو - ملاحظات تبين مرجوحية الأدلة التي استند إليها القاضي؛ لعله يقتنع بها، وتؤثر في أحكام تالية له.

ولكن هناك ملاحظة في محكمة الاستئناف السعودي في النظام الجديد، وهو أن عبارة موافقة الحكم لأصوله الشرعية، وأثره في التأييد أو عدم التأييد، قد ذكرت فقط في النظر تدقيقا دون مرافعة، ومفهوم ذلك أن النظر مرافعة يعطي المحكمة سلطانا بإعمال نظرها الفقهي الخاص، والذي قد يختلف

---

(١) انظر: م١٨٥/٣ مرافعات سعودي جديد.

(٢) مرافعات سعودي جديد: م١٨٥/١.

(٣) السابق: م١٨٦، وهي نفس نص م٢٣٥ مرافعات مصري.

(٤) م١٩١ مرافعات سعودي جديد.

مع ما ترجح لدى القاضي الذي أصدر الحكم المعترض عليه، وإذا أضفنا إلى ذلك أن محكمة الاستئناف يترك لها وحدها تقرير ما إذا كانت تنظر مرافعة أم تدقيقا، فهمنا أن ذلك يعني أنه يجوز لها أن تعمل سلطانها الكامل على الموضوع، وهو أمر جديد على الفقه الإسلامي بصفة عامة؛ إذ يخالف ما استقر وكاد يكون إجماعا على جعل الحكم الأول لا ينقض، طالما وافق رؤية فقهية معتبرة.

د- محكمة الاستئناف اليمنية:

محكمة الاستئناف اليمنية هي درجة ثانية من التقاضي بشكل أكبر مما كان في التمييز العثماني والاستئناف السعودي؛ فهي يطرح أمامها القضية «للفصل فيها من جديد في الواقع والقانون»[(١)]، وقد خول لها القانون أن تحكم «إما بتأييد الحكم المستأنف، أو إلغائه، أو تعديله، وإما بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة للفصل فيما لم يتم الفصل فيه»[(٢)]، وهي لا تتقيد بالسلطة التقديرية لقاضي أول درجة، ولا بموافقة حكمه من حيث نتيجته للأصول المشروعة كما في التمييز العثماني والتمييز السعودي، وكما في رؤية القضية تدقيقا في الاستئناف السعودي.

وذلك على الرغم من أن محكمة العليا اليمنية - وهي في قمة سلم التقاضي - تتقيد بموافقة نتيجة منطوق الحكم الطعين للأصول الشرعية، فقد جاء في أحكام النقض من قانون المرافعات والتنفيذ: «إذا رأت المحكمة أن منطوق الحكم المطعون فيه من حيث النتيجة موافق للشرع والقانون رفضت الطعن»[(٣)]، وهذا القيد ليس موجودا في الاستئناف؛ لأنها ليست - في الأساس - محكمة رقابة على قانونية الحكم القضائي، بل هي محكمة استئنافية موضوعية بكل ما تحمله الكلمة من معان.

ولأنها محكمة قضاء الدرجة الثانية فهي لا تقبل أن يعرض عليها طلب لأول مرة، بل لابد أن ينظر قضاء أول درجة في أي طلب يعرض عليها، ثم يكون لها النظر الثاني، ولذلك نص القانون على أنه: «لا يجوز للخصوم التقدم بطلبات جديدة في الاستئناف، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها»[(٤)].

---

(١) م٢٨٨ مرافعات يمني.

(٢) السابق: م٢٨٨/و.

(٣) السابق: م٣٠٠.

(٤) السابق: م٢٨٨/د.

هـ- محكمة الاستئناف السودانية:

ومحكمة الاستئناف السودانية هي - كذلك - محكمة موضوعية من الدرجة الثانية، فهي في نظر القضايا المعروضة عليها تملك صلاحيات تأييد الحكم، أو تعديله، أو إلغائه، أو إصدار حكم جديد، وتملك أيضا إعادة القضية إلى محكمة أول درجة المطعون في حكمها لإعادة نظرها(١)، كما أن الأصل فيها ألا تقبل أدلة جديدة لم تكن قد عرضت على محكمة أول درجة(٢).

وهي أيضا لا تتقيد بموافقة منطوق الحكم الطعين للأصول الشرعية أو القانونية، برغم تقيد المحكمة العليا بذلك في النقض؛ حيث جاء نص قانون الإجراءات السوداني في معرض ذكر نظر المحكمة العليا: «إذا وجدت المحكمة أن منطوق الحكم موافق للقانون بحسب النتيجة قضت برفض الطعن»(٣).

---

(١) انظر: م١٨٧ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) انظر: السابق: م١٨٥.

(٣) السابق: م١٩٦.

المطلب الثاني
محكمة الاستئناف المصرية واختصاصها

محكمة الاستئناف في القانون المصري تمثل درجة كاملة من التقاضي، بعد استنفاد الدرجة الأولى ولايتها على القضية، بحيث - كما يصفها بعض الباحثين[١]: «لا تقتصر وظيفة محكمة الاستئناف على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية، وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفوع، وأوجه دفاع، لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصرالنزاع الواقعية والقانونية على السواء».

وذلك معناه أن الاستئناف وفقا لقانون المرافعات المصري: «ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط»[٢]، فمحكمة الاستئناف لا تؤيد الحكم لمجرد موافقة نتيجته، أو منطوقه للأصول المشروعة - كما في القضاء الإسلامي الوارد في النظامين العثماني والسعودي - بل لابد أن يكون تفسيرها الخاص للقانون منطبقا على واقع القضية، بحيث لا تُلزمها نتيجة الحكم السابق، ولا أسبابه، ولا منطوقه.

فمحكمة الاستئناف لها السلطان الكامل الذي كان لقاضي الدرجة الأولى على الموضوع، ولذلك نص قانون المرافعات على أنه: «يجب على المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة، ودفوع، وأوجه دفاع جديدة، وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى»[٣].

وبوصف محكمة الاستئناف محكمة درجة ثانية، فإنه لا يسمح لها بنظر أي موضوع لم تحكم فيه محاكم الدرجة الأولى، لئلا يعد حكمها حكم درجة أولى، ومن هنا نص القانون على أنه: «لا تقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها»[٤]، ومن هنا نص القانون أيضا على أنه: «يجب على المحكمة إذا ألغت الحكم الصادر فى الطلب الأصلى أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى، لتفصل فى الطلبات الاحتياطية»[٥].

---

(١) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: بند٦٥٢ مكرر ص١٠٩٧؛ وانظر: أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٣٤٠-٣٤١ بند ٤١٩؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٦١.

(٢) م٢٣٢ مرافعات مصري.

(٣) السابق: م٢٣٣؛ وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٦٤.

(٤) م٢٣٥ مرافعات مصري.

(٥) السابق: م٢٣٤.

ومن تطبيقات ذلك ما قررته محكمة النقض من أنه: «لما كان الاستئناف لا يعدو أن يكون مرحلة ثانية أتاحها القانون للمحكوم عليه في المرحلة الأولى؛ ليعاود الدفاع عن حقه الذي لم يرتض الحكم الصادر في شأنه؛ لذلك نصت المادة (٢٣٢) مرافعات على أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط...»(١).

وقالت المحكمة أيضا: «وانه ولئن كان القانون قد أجاز للمحكوم عليه تدارك ما فاته في المرحلة الأولى من التقاضي، من أسباب الدفاع عن حقه، بأن يتقدم إلى محكمة الدرجة الثانية بما يتوافر له من أدلة، وأوجه دفاع جديدة، وأوجب على تلك المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم إليها منها، فضلا عما سبق تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولى إعمالا لنص المادة (٢٣٣) مرافعات، إلا أنه التزاما بالأصل المقرر بأن يكون التقاضي على درجتين، وتجنبا لاتخاذ الاستئناف وسيلة لمباغتة الخصم بطلب لم يسبق عرضه على محكمة أول درجة، فقد حظرت المادة (٢٣٥) مرافعات قبول أي طلب جديد أمام المحكمة الاستئنافية، وأوجبت عليها الحكم بذلك من تلقاء نفسها»(٢).

ثم حكمت المحكمة بإلغاء حكم محكمة الاستئناف؛ لأنه أخذ بذلك الطلب الجديد، وقالت محكمة النقض: «وإذ كان هذا الطلب المستحدث في المرحلة الاستئنافية على هذا النحو لم يقف عند حد إبداء سبب جديد لطلبها، وإنما استطال إلى طلبات جديدة تختلف موضوعا وسببا عن الطلب الأصلي، مما لا يجوز للمحكمة الاستئنافية قبولها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وفصل في الدعوى على أساس هذه الطلبات، فإنه يكون أخطأ في تطبيق القانون، بما يوجب نقضه جزئيا في هذا الخصوص»(٣).

---

(١) الطعنان المدنيان رقما ٧٢٠٠، ٧١٠٨ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠٠٥/١٢/١١م.

(٢) السابق: الحكم نفسه.

(٣) السابق: الحكم نفسه.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

اتفقت النظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على أن ينظر الطعن بالتمييز أو الاستئناف هيئة أو محكمة مغايرة للمحكمة التي أصدرت الحكم الطعين.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: طبيعة الهيئة الاستئنافية:

١- **النظم الإسلامية:**

- التمييز في مجلة الأحكام العدلية العثمانية كان يتم من خلال هيئتين: هما دائرة الفتوى، ومجلس التدقيقات الشرعية، تتناول أولاهما بحث الأمور الشرعية المتعلقة بحكم المسألة محل الدعوى في الشرع الإسلامي، وتتناول الأخرى بحث الأمور الواقعية، وللهيئتين سلطة رقابية على صحة الحكم، وليس لهما سلطة القضاء في الموضوع.
- أما التمييز السعودي فكانت له محكمة مختصة، وهي محكمة رقابية قانونية وموضوعية، ومع ذلك الأصل فيها ألا تحكم في الموضوع.
- أما محاكم الاستئناف السعودية، واليمنية، والسودانية فهي محاكم قضاء درجة ثانية بشكل صريح.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

محكمة الاستئناف في القانون المصري تمثل محكمة درجة ثانية من التقاضي بعد استنفاد الدرجة الأولى ولايتها على القضية.

الراجح:

يترجح أن الاستئناف، والتقاضي على درجتين هو نظام جائز في الفقه الإسلامي، فإذا ما قررته السلطة التشريعية، كان ينبغي أن تقوم به محكمة كاملة على مستوى أعلى من قضاء الدرجة الأولى، وهو حاصل في الاستئناف في النظم الإسلامية المعاصرة، وفي قانون المرافعات المصري.

الاختلاف الثاني: تقيد المحكمة بحكم أول درجة إن وافق أصوله الشرعية:

١- **النظم الإسلامية:**

- هيئتا التمييز العثماني مقيدتان بالنظر في موافقة الحكم الطعين للأصول المشروعة، أو مخالفته لها، ولو كان ذلك من وجهة النظر الاجتهادية للقاضي مُصدر الحكم الطعين.

- محكمة التمييز السعودية – في النظام السابق – كانت مقيدة بالنظر في موافقة الحكم أو مخالفته لأصوله الشرعية، فإن وافقها أيدته مع إرسال ما يكون لها من ملحوظات غير مؤثرة في الحكم، وإلا أرسلته إلى القاضي الذي أصدره مع ما لها من ملحوظات مؤثرة، فإن اقتنع بها حكم حكما جديدا، وإلا يبعث إليها برأيه، فإذا اقتنعت برأيه أمضت الحكم، وإلا نقضته، وأحالت القضية إلى قاض آخر.
- ومحكمة الاستئناف السعودية مقيدة إن نظرت تدقيقا بموافقة الحكم لأصوله الشرعية، أما إن نظرت مرافعة فلا تتقيد بذلك.
- محكمة الاستئناف اليمنية والسودانية غير مقيدتين بالسلطة التقديرية لقاضي أول درجة، أو بالنظر في موافقة الحكم أو مخالفته من حيث نتيجته للأصول المشروعة.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

لا تتقيد محكمة الاستئناف بحكم محكمة أول درجة، بل لها إعمال سلطتها التقديرية في الموضوع؛ وذلك أن لها ما كان لمحكمة الدرجة الأولى من صلاحيات، ومحكمة الدرجة الأولى لم تكن مقيدة، فكذلك محكمة الدرجة الثانية.

الراجح:

تبين فيما سبق أن حكم القاضي الأول لابد أن ينفذ طالما أنه لم يخالف دليلا مجمعا عليه، وعلى هذا أكثر الفقهاء.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات اليمني والمصري وقانون الإجراءات المدنية السوداني بالنص على تقييد سلطة محكمة الاستئناف بحكم محكمة أول درجة الموافق من حيث نتيجته للأصول الشرعية.

الاختلاف الثالث: سلطان المحكمة على الموضوع:

١- **النظم الإسلامية:**

- هيئتا التمييز العثماني ليس لهما سلطة قضائية على الموضوع، فإن نقضتاه أحالتاه إلى المحكمة التي أصدرته.
- محكمة التمييز السعودية – في النظام السابق – الأصل فيها ألا تحكم فيما نقضته، وإنما تحكم استثنائيا في حالتين:
  - إذا كان الموضوع صالحا للحكم، والقضية تستدعي سرعة الإجراء فتحكم فيه جوازيا
  - إذا كان النقض للمرة الثانية فتحكم في الموضوع وجوبيا.

- محكمة الاستئناف السعودية الأصل فيها أن تحكم في موضوع ما نقضت من أحكام، ولا تحيله إلى محكمة أخرى إلا في حالتين:
  - إذا ألغت الحكم لعدم الاختصاص
  - إذا قبلت دفعا فرعيا ترتب عليه منع السير في الدعوى.
- محكمة الاستئناف اليمنية – وكذلك السودانية – تملك أن تحكم بتأييد الحكم المستأنف، أو إلغائه، أو تعديله، أو إعادة القضية إلى محكمة أول درجة للفصل فيما لم يتم الفصل فيه.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

في قانون المرافعات المصري محكمة الاستئناف مخولة أصلا بالنظر في الموضوع، فالأصل ألا تحيله إلى غيرها إلا في حالات استثنائية، مثل إلغاء حكم أول درجة بسبب عدم الاختصاص، أو إذا كان الموضوع، أو الطلب لم يسبق عرضه أمام محكمة أول درجة.

الراجح:

يترجح جعل الأصل في محكمة الاستئناف أن تحكم فيما نقضته، وهو ما استقرت عليه النظم الإسلامية وغيرها.

الاختلاف الرابع: قبول الطلبات الجديدة:

١- **النظم الإسلامية:**

- هيئتا التمييز العثماني ليس لهما سلطة قضائية على الموضوع، فلا تقضيان في الموضوع، ومن باب أولى لا تقبلان طلبات جديدة.
- أما محكمة التمييز السعودية – في النظام السابق – فليست لها في الأصل صلاحية الحكم في الموضوع، وبالتالي لا تقبل طلبات جديدة.
- محكمة الاستئناف السعودية، واليمنية، والسودانية ترفض نظر الطلبات الجديدة التي لم تكن قد عرضت على محكمة أول درجة.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

بوصف محكمة الاستئناف محكمة درجة ثانية، فإنه لا يسمح لها بنظر أي موضوع لم تحكم فيه محاكم الدرجة الأولى، وبذلك ترفض أي طلبات جديدة، وتحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وإذا ألغت الحكم الصادر فى الطلب الأصلى ينبغي أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لكي تفصل فى الطلبات الاحتياطية.

الراجح:

ترجح من قبل أنه يجوز للسلطة الحاكمة أن تخصص محكمة بنظر ثاني درجة، وبالتالي لا يجوز لها أن تنظر في الطلبات الجديدة، وإلا صارت في النظر إلى تلك الطلبات بمثابة أول درجة في القضاء، وهو ما استقرت عليه أخيرا النظم الإسلامية وغيرها.

المبحث الرابع

ما يجوز استئنافه وما لا يجوز

وخطة هذا المبحث كالآتي:

- المطلب الأول: ما يجوز وما لا يجوز استئنافه في النظم الإسلامية
- المطلب الثاني: ما يجوز وما لا يجوز استئنافه في قانون المرافعات المصري.
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

ما يجوز وما لا يجوز استئنافه في النظم الإسلامية

ترجح في المبحث السابق أن الاستئناف نظام اختياري مباح في الإسلام، يجوز للسلطة التشريعية أن تقرره، كما يجوز ألا تعمل به، بحسب ما يتراءى لها من قوة الأدلة، والأسس التي يبنى عليها الاستئناف، وبحسب ما تراه أرفق بالرعية، وأكثر مراعاة لمصالحهم.

ولما كان الاستئناف نظاما اختياريا جوازيا، والرؤى فيه متقاربة شرعا وعقلا، فبالتالي يجوز تقريره بأجل مسمى لا يقبل بعده، كما يجوز أن يكون في بعض الأحكام دون بعضها، بحيث يدور مع المصلحة المتغياة منه وجودا وعدما، أي إنّ الذي يجوز استئنافه، والذي لا يجوز لا يرتبط بنصوص شرعية في الموضوع، بل يرتبط بما يصدره ولي الأمر، أو سلطته التشريعية من تشريعات.

ولهذا لم تذكر كتب الفقه الإسلامي القديم - بحسب اطلاع الباحث - أحكاما تفصيلية لما لا يجوز وما لا يجوز استئنافه، لاسيما أن نظام الاستئناف قد ندر العمل به.

وقد ربط التمييز العثماني قابلية الحكم للتمييز بقناعة المحكوم عليه، فإن قنع بالحكم لا يجوز له أن يطلب تمييزه، أما إذا لم يقنع بالحكم، فيجوز له طلب تمييزه؛ حيث نصت المادة (١٨٣٩) على أنه: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم يدقق الإعلام المذكور...»[(١)].

ولم يبعد عن ذلك التمييز السعودي في النظام القديم في مادته رقم (١٧٨/١-٤)[(٢)]؛ إذ ربط قابلية الحكم للتمييز بتوقيع الخصم على قناعته في ضبط الحكم، وأيضا بالقناعة التي قد تحدث للخصم بعد رفع الاعتراض إلى محكمة التمييز.

أما الاستئناف السعودي في النظام الحديث فلم يذكر شيئا عن قناعة المحكوم عليه بالحكم، وجعل الاستئناف حقا جوازيا للخصوم في مدته المقررة، وهذا أكثر مناسبة؛ لأن الخصم إن رفع اعتراضا، فهو يكون غير مقتنع بداهة، وإن فوّت الموعد، تكون تلك قرينة على اقتناعه، وإن فاته الموعد - دون تعمد - فلا قيمة لاقتناعه، أو لعدمه[(٣)].

ولكن كلا النظامين - العثماني والسعودي - لم يربط قابلية التمييز بالقناعة وحدها، بل بالموعد

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٩ ص٣٧٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٢) انظر: م١٧٨/١-٤ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢١٦-٢١٧؛ المبسط: ص٣٠٩، المرجع: ص٤٨٦.

(٣) انظر: ١٨٥ مرافعات سعودي جديد.

المقرر لذلك، فإن اعترض الخصم في تلك المدة قُبل اعتراضه، وإلا فلا، فجعل التمييز العثماني تلك المدة ثلاثة أشهر، بحيث إن اعترض بعد ذلك لا يسمع اعتراضه(١)، وفي التمييز السعودي: «مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوما، فإذا لم يقدم المحكوم عليه اعتراضا خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز...»(٢).

ومن تطبيقات ذلك أن حكمت المحكمة العامة بالرياض بقطعية حكم حُكم به على المدعى عليه بأن يدفع أربعين ألف ريال قيمة أجر المثل للمدعي، ورغم أن كلا الطرفين لم يقبلا الحكم، ولم يوقعا بالقناعة، إلا أن المدعي فوت موعد الاعتراض، فقالت المحكمة: «الحمد لله وحده، وبعد: فقد انتهت المدة النظامية دون تقديم المدعي اللائحة الاعتراضية؛ لذا سقط في حقه الاعتراض، واكتسب الحكم القطعية في حقه...»(٣).

والاستئناف السعودي لم تتغير فيه هذه المدة، ولكنه أضاف شيئا جديدا، وهو مدة الاعتراض على الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة، وجعلها عشرة أيام(٤).

فالتمييز في نظام القضاء العثماني والسعودي، وكذا الاستئناف السعودي يُعَد حقا جوازيا للمحكوم عليه، إن شاء اعترض به في إطار المدة المقررة، وإن شاء سكت عنه، بيد أن كلا من النظامين العثماني والسعودي قد استثنى من ذلك الجواز بعض الحالات، فأوجبا فيها عدم نفاذ الحكم قبل تدقيقه، أو تمييزه، أو استئنافه، فتقرر في الفقه العثماني أنه: «لا تنفذ الأحكام الصادرة في حق الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف قبل تمييزها»(٥)، وتقرر في التمييز السعودي أنه: «إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصيا، أو وليا، أو مأمور بيت مال، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، أو كان المحكوم عليه غائبا فعلى المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة التمييز لتدقيقه، مهما كان موضوع الحكم...»(٦)، وتقرر في الاستئناف السعودي أنه: «إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصيا، أو وليا، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، ولم يطلب الاستئناف، أو طلب الاستئناف أو التدقيق، ولم يقدم مذكرة الاعتراض خلال المدة المقررة نظاما، أو كان المحكوم عليه غائبا، وتعذر تبليغه بالحكم،

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.
(٢) م١٧٨ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢١٥؛ المبسط: ص٣٠٣، المرجع: ص٤٨١.
(٣) مدونة الأحكام القضائية: ج١/ص٣٢٦- صك رقم: ٣١/٣٦ بتاريخ ١٤٢٧/٣/٧هـ.
(٤) انظر: م١٨٧ مرافعات سعودي جديد.
(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.
(٦) م١٧٩ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢١٨؛ المبسط: ص٣٠٥، المرجع: ص٤٨٢-٤٨٣.

فعلى المحكمة أن ترفع الحكم إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه مهما كان موضوع الحكم...»(١).

فمن ذلك أن حكم قاضي المحكمة العامة بالرياض بتمييز حكم حُكِم به للمدعين بمبلغ قدره مليونان وثمانمئة واثنان وثمانون ألفا وخمسمئة ريال سعودي في ذمة مورث المدعى عليهم، وجاء تمييزه برغم قناعة الطرفين؛ لوجود قاصرين ممثلين في القضية، وهذا الحكم يعد صادرا بمال يخصهم، فكان الاستئناف وجوبيا رعاية للقصر(٢).

وقد تميز الاستئناف السعودي عن التمييز العثماني بأنه قد أدرج الحكم على الغائب ضمن الحالات التي تقتضي الاستئناف الوجوبي، فالتمييز العثماني حصر ذلك في الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف، أما النظام السعودي – القديم والحديث – فقد جعله في حق الغائب كذلك.

ومن ذلك ما حكمت به المحكمة العامة بالمدينة المنورة حكما مشمولا بالنفاذ العاجل على مدعى عليه غائب، وإبقاء الحجة للغائب، ورفع القضية للتمييز رغم عدم وجود معترض(٣).

إذن يتقرر مما سبق أن قابلية الأحكام لإعادة النظر المتمثلة في نظام القضاء العثماني، والسعودي ترتبط بمحض الرغبة الجوازية للمحكوم عليه، والمدة المقررة قانونا، مع وجود استثناء من جواز الاستئناف في حالاتٍ جعله نظام القضاء فيها وجوبيا.

أما من حيث النِّصاب المالي للاستئناف فلم يعتبره نظام القضاء العثماني؛ حيث سمح باستئناف الأحكام مهما كانت القيمة المتنازع عليها؛ إذ ورد في التعليمات: «إن الدعاوى التي يرى باب الفتوى، أو مجلس التدقيقات الشرعية رؤيتها استئنافا إذا كانت قيمتها خمسة آلاف قرش، أو أقل من ذلك فترى في المحكمة الأولى التي حكمت في الدعوى»(٤)، فالفرق بين الدعاوى الأقل من خمسة آلاف قرش وغيرها أن الدعاوى ذوات القيمة اليسيرة ترى استئنافا في نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الأول، ومعنى هذا أنه لا يوجد في القانون العثماني أحكام لا يسمح باستئنافها مهما صغرت قيمتها.

أما التمييز السعودي فقرر أن: «جميع الأحكام تكون قابلة للتمييز باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى بقرار يصدر من هيئته العامة بناء على اقتراح من وزير العدل»(٥)، وقد ورد ذلك المعنى في نظام الاستئناف السعودي مع تعديل طفيف؛ حيث قرر:

---

(١) م١٨٥/٤ مرافعات سعودي جديد.

(٢) انظر: مدونة الأحكام القضائية: ج١/ص١٢٦- صك رقم: ١٦/٣٥٨ بتاريخ ١٤٢٥/١١/١٦هـ؛ انظر أيضا: ج١/ص١٧٨- صك رقم ١٦/٢٠ بتاريخ ١٤٢٦/١/٢٠هـ.

(٣) السابق: ج٣/٢٠٨- صك رقم: ٩/١١٨٣/١٩٨ بتاريخ ١٤٢٥/١٠/٢٤هـ.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٢.

(٥) م١٧٩ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢١٨؛ المبسط: ص٣٠٥، المرجع: ص٤٨٢-٤٨٣.

«جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تكون قابلة للاستئناف، باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى»(١).

وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني قد جعل الاستئناف حقا جوازيا لكل محكوم عليه توافرت فيه لديه شروط ذلك الطعن، ولم يشترط الاستناد إلى أسباب معينة(٢)، وأما النصاب القيمي فقد تطرقت إليه المادة (٨٦) التي تنص على أن: «يكون الحكم الابتدائي غير قابل للاستئناف في الأحوال الآتية:

١- إذا كان المحكوم فيه لا يتجاوز مائة ألف ريال في المسائل المدنية.

٢- إذا كان المحكوم فيه لا يتجاوز ثلاثمائة ألف ريال في المسائل التجارية...».

وقد جعل القانون اليمني للطعن بالاستئناف ميعادا لا يجوز الطعن بعده، وهو ستون يوما في القضايا العادية(٣).

ولأن القانون اليمني قد ربط الاستئناف بإرادة المحكوم عليه فقد جعل التنازل عنه ممكنا وفي أي وقت؛ حيث ورد فيه أن: «التنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائيا...»(٤).

وقانون الإجراءات السوداني قد نص على أنه: «١- تستأنف أحكام محاكم المدن والأرياف أمام محكمة القاضي الجزئي من الدرجة الأولى الذي يجوز استئناف حكمه أمام المحكمة المدنية العامة ويكون قرارها نهائيا.

٢- تستأنف أحكام وأوامر القاضي الجزئي من الدرجة الأولى، والثانية، والثالثة أمام المحكمة المدنية العامة.

٣- تستأنف أحكام وأوامر القاضي الجزئي من الدرجة الأولى، والمحكمة المدنية العامة أمام محكمة الاستئناف»(٥)، وهذا يعني أن القانون السوداني لم يشترط نصابا قيميا للاستئناف، فلئن كانت محاكم القاضي الجزئي بدرجاتها الثلاث قد نظمها القانون السوداني تنظيما قيميا حسبما يرد بتحديده منشور من رئيس القضاة، فإن محاكم المدن والأرياف فهي أيسر المحاكم من حيث قيم الدعاوى؛ حيث نص القانون السوداني على أنه: «تختص محاكم المدن والأرياف بنظر الدعاوى ذات الطبيعة

---

(١) م١/١٨٥ مرافعات سعودي جديد.

(٢) انظر: م٢٨٤ مرافعات يمني.

(٣) انظر: السابق: م٢٧٥.

(٤) السابق: م٢١٣.

(٥) م١/١٧٢-٣ إجراءات مدنية سوداني.

البسيطة، ويحدد اختصاصها القيمي في أمر تأسيس كل منها»[١]، وقد جعل القانون للاستئناف موعدا محددا لا يسمح بعده، وهو خمسة عشر يوما[٢].

وبهذا يتقرر أن النظم الإسلامية قد جعلت الاستئناف أو التمييز يتم ما لم يكن الحكم قد وصف بأنه نهائي[٣]، ونهائية الحكم تحدد بأحد ما يأتي:

- قبول الحكم (كما في التوقيع على القناعة في التمييز السعودي)
- فوات موعد الاستئناف، حيث يكتسب الحكم بها النهائية
- الحكم في الاستئناف
- كون المدعى به لا يبلغ الحد الأدنى لنصاب الاستئناف فيكون نهائيا فور صدوره
- نص القانون على نهائيته استثناءً.

وبالتالي يمكن القول بأن النظم الإسلامية اتفقت على كون الاستئناف حقا جوازيا يتم برغبة المحكوم عليه وقناعته (باستثناء الاستئناف الوجوبي في التمييز العثماني والنظام السعودي)، وفي إطار المدة التي وضعتها الأنظمة، ولكن ثمة خلافا حول النصاب القيمي، فالتمييز العثماني، والاستئناف السوداني لم يشترطاه، في حين اشترطه النظامان السعوديان القديم والحديث.

جواز التنازل عن حق الطعن بالاستئناف:

لأن الاستئناف في النظم الإسلامية قد ارتبط برغبة الخصم وقناعته، فقد أتيح للخصوم التنازل عن حقهم فيه، حيث أجاز ذلك القانون اليمني بالنص[٤]، والنظامين العثماني والسعودي بالمفهوم.

ولكنهم لم ينصوا على إمكان أن يكون التنازل قبل الحكم الأول، وهو الأمر الذي سمح به قانون المرافعات المصري بحسب ما ستتعرض له الدراسة في المطلب اللاحق؛ ويبدو أن سبب عدم جواز ذلك في النظم الإسلامية هو أن تنازل الخصم عن حقه في استئناف الحكم قبل علمه به يعد ضربا من التنازل عن مجهول، ولكن التنازل عن حق مجهول أمر لا يبدو تحريمه راجحا؛ لأنه ليس كعقود المعاوضة كالبيع والإجارة التي اشترط فيها رفع الجهالة، وإنما هو أشبه بعقد التبرع كالهبة.

وهذه المسألة فيها خلاف كبير بين الفقهاء[٥]، ورغم أن أكثرهم من الحنفية، والشافعية،

---

(١) م١/٢٠ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) السابق: م١٧٤.

(٣) القانون اليمني نص على أن الحكم النهائي هو: «الحكم النهائي: الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية (الاستئناف)» م٢ مرافعات يمني.

(٤) السابق: م٢١٣.

(٥) انظر: العناية: ج٩/ص٢١-٢٤؛ فتح القدير لابن الهمام: ج٩/ص٢١-٢٤؛ حاشية ابن عابدين: ج٥/ص٦٨٨؛ التاج والإكليل: ج٨/ص٦؛ الحاوي الكبير: ج٦/ص٣٣٠-٣٣٢؛ حاشية الجمل: ج٣/ص٥٩٣-٥٩٦؛ المغني: ج٦/ص٤٧؛ الروض المربع: ج١/ص٣٢٦.

والحنابلة ذهبوا إلى عدم صحة هبة المجهول، إلا أن الرأي الراجح فيما يبدو هو قول المالكية، حيث ورد في البيان والتحصيل: «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول، والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر»(١)؛ لأن الهبة، والتنازل، والإبراء هي عقود تبرع بغير عوض، فلا يضرها الجهالة، لاسيما إذا علم الواهب مقدما بتلك الجهالة، وقد قال القرافي في الذخيرة: «العقود منها مشتمل على المعاوضة كالبيع والإجارة، وغير مشتمل عليها كالوصية، والهبة، والإبراء... وورد الشرع بالنهي عن بيع الغرر والمجهول صونا للمالية عن الضياع في أحد العوضين، أو في كليهما؛ لأن مقصوده تنمية الأموال، وهما محلان لذلك، فناقضا العقد، فلذلك نهي عنهما، وما لا معاوضة فيه، وفي غاية البعد عن قصد التنمية، بل هو محقة للمال فلا يناقضه الغرر والجهالة، فلذلك جوزناهما في ذلك»(٢).

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج٤/ص١١٤.
(٢) الذخيرة: ج٥/ص٣٦٩.

المطلب الثاني
ما يجوز وما لا يجوز استئنافه في قانون المرافعات المصري

في قانون المرافعات المصري تفصيلات أكثر نسبيا لما يجوز وما لا يجوز استئنافه، وهذه التفصيلات كالآتي:

القاعدة العامة أنه يتاح – جوازا – لأي من الخصوم الطعن بالاستئناف في جميع أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة في نصابها الابتدائي[١] في المدة المقررة قانونا، وتفصيل ذلك كما يأتي:

- أما معنى كونه متاحا جوازيا، فإنه مرتبط برغبة الخصوم فيه في إطار القانون والمواعيد المقررة، ويملك الخصوم التراجع عنه في أي لحظة؛ حيث ينص القانون على أنه: «تحكم المحكمة فى جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة فى الاستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه، أو كان ميعاد الاستئناف قد انقضى وقت الترك»[٢].
- ويقصد بمحاكم الدرجة الأولى أنه لا يجوز استئناف أحكام محاكم الدرجة الثانية، وهي الاستئناف، «فالحكم الصادر من محاكم الاستئناف لا يستأنف»[٣].
- ويقصد بالنصاب الابتدائي أي أن تكون الأحكام في دعاوى ذات قيمة اقتصادية معتبرة، بمعنى ألا تكون من الدعاوى ذوات القيمة المادية اليسيرة التي لا يجيز القانون فيها الاستئناف، والنصاب الابتدائي هو «بالنسبة للمحكمة الجزئية ما زاد عن خمسة آلاف جنيه، وبالنسبة للمحكمة الابتدائية ما زاد عن أربعين ألف جنيه»[٤]، فما كانت قيمته أقل من ذلك فالأصل في الحكم فيه أنه يصدر نهائيا من محكمة الدرجة الأولى.

ومن تطبيقات ذلك أن محكمة الاستئناف قضت بعدم جواز الاستئناف في إحدى الدعاوى لأنها دون النصاب المقرر قانونا؛ حيث إنه قيمة الدعوى ١٤١٩،٤٠٠ جنيها، أي دون الخمسة آلاف جنيها المقررة قانونا، وهذا القضاء الاستئنافي قد تأيد بحكم محكمة النقض التي قالت إن

---

(١) انظر: م٢١٩ مرافعات مصري، أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٥٨؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٤٦.

(٢) م٢٣٨ مرافعات مصري.

(٣) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص ٨٩٨ بند٥١١.

(٤) السابق: ص ١٠٧٣ بند٦٢٥، وانظر: قانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية و التجارية: م١.

حكم المحكمة الابتدائية «غير جائز استئنافه عملا بنص المادة (٤٧) من قانون المرافعات لقلة النصاب، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بعدم جواز الاستئناف، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، ويكون النعي عليه بمخالفة القانون على غير أساس»[١].

- ويقصد بالمدة المقررة قانونا ما ورد من ميعاد في نص القانون حيث نص على أن: «ميعاد الاستئناف أربعون يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم، ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوما بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه»[٢].

استثناءات القاعدة العامة:

١- التنازل عن حق الاستئناف، ولو قبل الدعوى:

نص قانون المرافعات المصري على أنه: «يجوز الاتفاق ولو قبل الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائيًّا»[٣]، بمعنى أنه يجوز للخصوم أن يتفقوا - ولو قبل رفع الدعوى - على عدم جواز الاستئناف، وهذه تعد امتداداً للتعبير عن أن الاستئناف حق اختياري جوازي للخصوم.

غير أن ثمة خلافا بين فقهاء القانون حول صحة التنازل عن الحق في الاستئناف قبل صدور الحكم، حيث «ذهب بعض الفقه على[٤] أن القبول المعتد به هو القبول اللاحق على صدور الحكم، أما التنازل السابق على صدور الحكم فقد اعتبره البعض مخالف[٥] للنظام العام؛ لأنه لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشأته، وذهب البعض الآخر إلى أن هذا القبول لا يتعارض مع النظام العام، ولا يصادر على حق اللجوء إلى القضاء، وهو ما أخذ به المشرع المصري»[٦]، وقد تقرر آنفا أن النظم الإسلامية لم تأخذ بذلك التنازل السابق على الحكم، ورغم ذلك ترجح الرأي القائل بجواز التنازل عن المجهول في الفقه الإسلامي.

وتفريعا على ذلك الاستثناء، أيدت محكمة النقض رفض محكمة الاستئناف استئنافا فرعيا؛ لأن «طلب المستأنف تأييد الحكم المستأنف يعد قبولا منه لذلك الحكم مانعا إياه من إقامة استئناف فرعي بطلب تعديل الحكم المستأنف»، وقالت محكمة النقض: «ولما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق

---

(١) طعن مدني رقم ١٢٩٣ لسنة ٦٨ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/٨م.

(٢) م٢٢٧ مرافعات مصري.

(٣) السابق: م٢١٩، وانظر: أحمد أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٧٤.

(٤) كذا بالأصل، ولعل الصواب «إلى».

(٥) كذا بالأصل، ولعل الصواب «مخالفا».

(٦) أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٣١٦ بند٣٩٠.

أن الشركة الطاعنة طلبت بصحيفة استئنافها تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به في شق الدعوى المقامة من وزير المالية، وبما يعد قبولا منها لهذا الحكم يحول دونها ورفع استئناف فرعي بطلب تعديله... وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بسقوط الحق فيه، فإنه يكون وافق صحيح القانون، ويضحي النعي عليه على غير أساس»(١).

٢- جواز استئناف بعض الأحكام الانتهائية:

نص قانون المرافعات المصري على أنه «يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان فى الحكم، أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم»(٢)، ومعنى ذلك أن القانون يجيز استئناف الأحكام الانتهائية، ومنها الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف بسبب مخالفة لقواعد الاختصاص، أو وقوع بطلان مؤثر، بشرط «أن يودع خزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف على سبيل الكفالة خمسة وعشرين جنيها»(٣)، ولأن هذا يجيز استئناف الاستئناف استثنائيا فقد نص القانون على أن «تصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف؛ لعدم مخالفة قواعد الاختصاص، أو لانتفاء البطلان»(٤).

ونص القانون أيضا على أنه: «يجوز أيضا استئناف جميع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى إذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى»(٥).

ويلاحظ هنا أن القانون المصري لم يستثن من جواز الاستئناف الحالات التي استثناها الفقه العثماني والسعودي حيث جعلا التمييز أو الاستئناف واجبا، وذلك في حالة كون الأحكام قد صدرت في حق الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف (تمييز عثماني)(٦)، أو ناظر وقف، أو وصي، أو ولي، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، أو غائب (استئناف سعودي)(٧)، ويبدو أن التمييز العثماني والاستئناف السعودي قد راعيا أن هذه الحالات وما شابهها قد يقصّر الممثلون لغير المكلفين أو لفاقدي الأهلية، فيفوتون عليهم فرصة التمتع بالدرجة الأعلى من القضاء.

---

(١) طعن مدني ٩١٥ لسنة ٦٧ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م.

(٢) م٢٢١ مرافعات مصري، وانظر: أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٦٧؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٥٠.

(٣) م٢٢١ مرافعات مصري.

(٤) السابق: المادة نفسها.

(٥) السابق: م٢٢٢؛ وانظر: أحمد أبو الوفاء، السابق: ص٨٧١؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٥٢.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٧) انظر: م٤/١٨٥ مرافعات سعودي جديد.

وقد نظم القانون المصري في عدة مواد تقدير القيمة المادية للدعوى(١)؛ لأنه بناء عليه سيتحدد إن كان سيقبل الاستئناف أم لا، وذلك أن المشرع المصري قد «قدر أن هناك بعض الدعاوى لا تستحق لضآلة قيمتها الاقتصادية أن يفصل فيها أكثر من مرة، فاكتفى بالنسبة لها بالتقاضي على درجة واحدة، واعتبر الحكم الصادر فيها انتهائيا غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، توفيرا لوقت القاضي، وتجنبا لتعنت الطاعن الذي قد لا يبغي من طعنه في مثل هذه الحالة سوى الكيد لخصمه»(٢).

ونظرا لأن الأمر جوازي اختياري فمن الطبيعي أن تكون القواعد الحاكمة له تستند إلى المصلحة؛ ولذلك لم يجد المشرعون السعوديون غضاضة في النص على عدم الاستئناف في الدعاوى اليسيرة، وإن ترك تحديدها لمجلس القضاء الأعلى.

غير أن الموضوع قد يحتمل نظرة أخرى، كتلك الواردة في التمييز العثماني والسوداني، وهي قبول الاستئناف في أي دعوى أيا كانت قيمتها.

ولترجيح النظرة الأصوب يُحتاج إلى قياس المفاسد والمصالح المترتبة على كل من وجهتي النظر:

ففيما يتعلق بوجهة النظر المانعة من الاستئناف في الدعاوى ذات القيمة الاقتصادية اليسيرة بدت المصلحة في توفير وقت القضاء، وتجنب تعنت الطاعن وكيده بإطالة أمد المنازعة فيما لا يقتضي ذلك من المنازعات(٣).

والمفسدة هي تفويت فرصة التمتع بحق التقاضي على درجتين على بعض الصادقين من المتنازعين، وإضاعة حقهم فيما قد يترتب من تصحيح حكم غير صائب، وما ذنبهم إلا أنهم ربما كانوا محدودي الدخل، ولهذا كانت منازعاتهم لا تتجاوز الأربعين ألف جنيه أمام المحاكم الابتدائية، أو خمسة آلاف جنيه أمام المحاكم الجزئية، وقد أغلق أيضا أمامهم سبيل النقض الذي يكون سببه المخالفة القانونية غير المبطلة للحكم؛ لأن النقض لا يكون إلا للأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف.

إن هذه المفسدة العظيمة جديرة أن يضحى من أجلها بالمصلحة التي تحقق من وضع نصاب للاستئناف؛ لأنه فيها شبهة التمييز بين الناس في القضاء على أساس فقرهم وغناهم، فالأغنياء عادة ما يتنازعون على المبالغ الكبيرة، والفقراء قد يعتبر أول النصاب مما لا يتيسر لهم امتلاكه، وبالتالي تكون منازعاتهم دونه، فيكون بذلك القانون قد فرق على أساس الغنى والفقر، فجعل الغني يتمتع بحق رؤية الدعوى مرة أخرى، لإخراج الحكم على صورة أقرب للعدالة، في حين ترك الفقير يحكم بالحكم

---

(١) انظر: المواد ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦ مرافعات مصري.

(٢) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٧٢ بند٦٢٥؛ انظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٥٨-٨٦٢.

(٣) انظر: أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٧٢ بند٦٢٥.

السريع نسبيا، والأبعد عن العدالة، طبقا لما قالوه من مسوغات الاستئناف.

وإذا كان الاستئناف في الفقه الإسلامي - بحسب ما ترجح آنفا - نظاما اختياريا يُبتغى من ورائه تحقيق قدر أكبر من العدالة، فإما أن يطبق على جميع المنازعات أيا كانت قيمتها، وإما ألا يطبق إذا كانت المفاسد التي تنجم عنه أكبر من تلك المصالح المبتغاة، حتى ولو كان المتضررون من هذه المفاسد هم قليل من الفقراء؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

اتفقت النظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على حق المحكوم عليه في الطعن بالتمييز أو الاستئناف، بوصفه حقا جوازيا يبنى على قناعة المحكوم عليه بالحكم.

واتفقوا أيضا على أنه يتم في مدة معينة بحيث لا يسمح به بعد فواتها.

واتفقوا على حق المستأنف التنازل عن حقه في الاستئناف، لكنهم اختلفوا في مشروعية ذلك التنازل قبل صدور الحكم الابتدائي.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: الاستئناف الوجوبي:

١- **النظم الإسلامية:**

- التمييز العثماني نص على عدم نفاذ الأحكام الصادرة في أموال تخص أيتاما، أو مجانين، أو معتوهين، أو أوقاف قبل تمييزها.
- والتمييز السعودي نص على وجوب تمييز الحكم إذا كان صدر ضد محكوم عليه بصفته ناظر وقف، أو وصيا، أو وليا، أو مأمور بيت مال، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، أو إذا كان المحكوم عليه غائبا.
- والاستئناف السعودي أكد النص على ذلك بألفاظ متقاربة.
- وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وكذلك القانون السوداني جاءا خلوا من وجوب ذلك، وإنما جعلاه بحسب الأصل حقا للولي، أو الوصي، أو غيره.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

لم يستثن القانون المصري - بحسب اطلاع الباحث - أي حالة يجب فيها الاستئناف، بل جعله دوما حقا جوازيا.

الراجح:

يترجح إيجاب الاستئناف في مثل الحالات المذكورة في النظام السعودي؛ لأنه قد يقصّر الممثلون لغير المكلفين، أو فاقدي الأهلية، فيفوتون عليهم فرصة التمتع بالدرجة الأعلى من القضاء، وقد يتواطأ الممثل لمثل هؤلاء، فيتسبب في حكم عليهم لصالح من تواطأ معه، ولأنه قد درجت تشريعات الأسرة

على التحري في حق القصر، فمن باب أولى أن تدقق الأحكام الصادرة بشأن أموالهم.

وما دام قضاء الدرجة الثانية هو بمثابة منحة تشريعية، وضمانة لقضاء أقرب للصحة، فيخشى من عدم إيجابها ضياع تلك الميزة على من هم أولى الناس بها.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات السوداني، وقانون المرافعات المصري، بإيجاب الاستئناف استثنائيا إذا كان الحكم صادرا في حق مال يتعلق بناقص الأهلية أو عديمها، أو في حق مال عام، وذلك كما في مجلة الأحكام العدلية والنظام السعودي.

الاختلاف الثاني: جواز التنازل عن حق الاستئناف قبل الحكم:

١- **النظم الإسلامية:**

التمييز العثماني، والتمييز السعودي، والاستئناف السعودي، والسوداني لم يمنعا التنازل عن حق التمييز أو الاستئناف، ويفهم من هذا السكوت عن المنع أنه مسموح بالتنازل، وقد صرح قانون المرافعات اليمني بالسماح بهذا التنازل، ولكن في جميع تلك الأنظمة هو تنازل عن حق موجود، وهو بعد إصدار الحكم، أما التنازل قبل الحكم فيحتاج إلى نص خاص، ولم يوجد هذا النص في النظم الإسلامية، فيتبين أنها لا تجيزه.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

نص قانون المرافعات المصري على جواز الاتفاق قبل الدعوى على التنازل عن الاستئناف، يكون حكم الدرجة الأولى نهائيا، ولا يقبل الطعن بالاستئناف.

الراجح:

يترجح ما توجه إليه قانون المرافعات المصري؛ لأن التنازل عن الحق لا يشترط فيه كونه معلوما كالبيع، بل يمكن التنازل عن المجهول وهبته، وقد أجمع على ذلك المالكية، ولأنه يعطي فرصة لسرعة الفصل في بعض المنازعات إذا ما اتفق الخصوم على ذلك، ولأنه عند تنازل الخصمان يكون مصلحتهما توفير الوقت والجهد، ولأنه يقلل من التداعي أمام المحاكم، ولأن الخصمان قد تعلقت إرادتهما بكيفية مشروعة، وهي راجحة في الفقه الإسلامي، فقد يكون من الظلم منعهما منها، وقد يكون في منعهما من ذلك إضرار بمصالحهما.

المقترح:

تعديل نظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانون المرافعات اليمني، وقانون الإجراءات المدنية السوداني، بإتاحة التنازل قبل الدعوى عن حق الاستئناف، وذلك كما في القانون المصري.

الاختلاف الثالث: النصاب الابتدائي للاستئناف:

١- في النظم الإسلامية:

التمييز العثماني، والاستئناف السوداني لم ينصا على نصاب ابتدائي للطعن بالاستئناف، وبالتالي يجوز فيهما الطعن في أي حكم ابتدائي مهما كانت قيمته.

أما نظام المرافعات الشرعية السعودي قديمه وحديثه، وكذلك نظام المرافعات اليمني قد اشترطا أن يكون للطعن بالاستئناف نصاب معين بقيمة المدعى به، وذلك النصاب في نظام المرافعات السعودي يحددها مجلس القضاء الأعلى، وفي قانون المرافعات اليمني نص عليه فقال إنه مئة ألف ريال بالنسبة للدعاوى المدنية، وثلاثمئة ألف ريال للدعاوى التجارية.

٢- قانون المرافعات المصري:

ينص قانون المرافعات المصري على أنه يجوز الاستئناف في أحكام محاكم الدرجة الأولى إذا صدرت في نصابها الابتدائي[١]، ونص على مقدار هذا النصاب فجعله بالنسبة للمحكمة الجزئية خمسة آلاف جنيه، وبالنسبة للمحكمة الابتدائية أربعين ألف جنيه، فمن طعن باستئناف حكم في أقل من ذلك فإن طعنه يكون غير مقبول.

الراجح:

يترجح ما توجهت إليه مجلة الأحكام العدلية، وقانون الإجراءات السوداني؛ لأن في اشتراط النصاب تمييزا بين الناس في القضاء على أساس فقرهم وغناهم، فالأغنياء عادة ما يتنازعون على المبالغ الكبيرة، والفقراء قد يعتبر النصاب مما لا يتيسر لهم امتلاكه، والقضاء إنما جعل للنصفة والعدالة، كما أن الحق الذي يتغيا القضاءُ تحقيقه لا يفرق بين قليل وكثير.

قد يقال: إن هذا الكلام ينطبق صحيحا إذا لم يقض بين الفقراء أصلا، والواقع أنهم يقضى بينهم بقضاء الدرجة الأولى، ودعاواهم لا تستحق أن ينظر فيها مرتين، ولكن هذا القول يغفل أنه يجيز تمتع الأغنياء بقضاء أكثر نصفة، والأصل العكس؛ لأن في غناهم عوضا عن احتمال جور القضاة، ثم إنه ليس من العدالة التفريق في القضاء على أساس الغنى والفقر، حتى ولو كان القضاء في أمر يسير.

قد يقال: إن صغر النصاب غالبا لا يستحق من الخصوم أنفسهم السعي في المحاكم والجلسات، ولكن هذا القول مردود بأن الاستئناف حق جوازي، يجيزه القانون ثم يترك للناس تقرير إذا ما كانوا سيسلكونه أم لا، فإن صح كون الدعاوى اليسيرة ينصرف الناس عن الاستئناف فيها، فلن

---

(١) انظر: م٢١٩ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٨٥٨؛ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٤٦.

يكبد الحكام شيئا أن يسنوه ثم يقرر الناس تركه.

المقترح:

تعديل نظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانون المرافعات اليمني، والمصري، بإتاحة الطعن بالاستئناف دون وضع نصاب ابتدائي له، وذلك كما فعلت مجلة الأحكام العدلية، والقانون السوداني.

المبحث الخامس

الخصوم في الطعن بالاستئناف

وخطة هذا المبحث كما يأتي:

- المطلب الأول: الخصوم في الطعن بالاستئناف في الفقه والنظم الإسلامية
- المطلب الثاني: الخصوم في الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المصري
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

الخصوم في الطعن بالاستئناف في الفقه والنظم الإسلامية

أولا: الخصوم في الطعن في التمييز العثماني

جاء في التعليمات السنية العثمانية أن: «مستدعي التمييز إما أن يكون المحكوم له، أو المحكوم عليه»(١).

أي إن كلا الخصمين يجوز لهما أن يطعنا، أو يعترضا بطريق التمييز، على أن تلك التعليمات لم تبين - بحسب اطلاع الباحث - أي تفصيلات إضافية تفيد ما إذا كان يشترط عدم القضاء بكل طلبات المحكوم له، وهو الشرط الذي ورد في التمييز والاستئناف السعوديين(٢)، وورد في قانون المرافعات المصري أيضا(٣)، استنادا إلى كون الطاعن لابد أن يكون له مصلحة من طعنه، وهذه المصلحة تمثل في عدم إجابة كل طلباته أو بعضها في الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى.

كما أشارت التعليمات السنية إلى طاعن أو معترض آخر، حيث قالت: «لا تنفذ الأحكام الصادرة في حق الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف قبل تمييزها»(٤)، غير أن الباحث لم يعثر على تفصيل ذلك، وهل يكون رفع طلب التمييز يتم من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم، كما هو الشأن في التمييز السعودي أم غير ذلك.

إذن فطالب التمييز (أو الطاعن) طبقا للقانون العثماني يكون أحد ما يأتي:

١- المحكوم عليه

٢- المحكوم له (والظاهر أن معناه المحكوم له الذي لم يقض له بكل طلباته)

٣- الجهة المنوطة برفع طلب التمييز الوجوبي للأحكام الصادرة في حق الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف... إلخ.

ثانيا: الخصوم في الطعن في التمييز السعودي

أما التمييز السعودي فقد ورد في الأحكام العامة المنظمة للاعتراض: «لا يجوز الاعتراض على الحكم إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم، أو ممن قضي له بكل طلباته ما لم ينص النظام

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٢) سيرد عقيب هذا ص٣٤٦-٣٤٧ من هذا البحث، وذلك بشأن التمييز والاستئناف السعوديين.

(٣) انظر: ص ٣٥٠-٣٥٣ من هذا البحث.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

على غير ذلك»[١].

كما أجاز النظام بصفة استثنائية لرئيس القضاة تمييز أي حكم يراه[٢].

وجاء في نفس النظام: «يجب على المحكمة بعد النطق بالحكم إفهام الخصوم بطرق الاعتراض المقررة لهم ومواعيدها، كما يجب عليها إفهام الأولياء، والأوصياء، والنظار، ومأموري بيوت المال، وممثلي الأجهزة الحكومية في حال صدور الحكم في غير صالح من ينوبون عنه، أو بأقل مما طلبوا، بأن الحكم واجب التمييز، وأن المحكمة سترفع القضية إلى محكمة التمييز»[٣].

فبناء عليه يكون المعترض بطريق التمييز السعودي قد يكون:

١- المحكوم عليه

٢- من لم يقض له بكل طلباته

٣- رئيس القضاة

٤- المحكمة التي أصدرت الحكم الأول إن كان يتعلق الأولياء والأوصياء وممثلي الأجهزة الحكومية.

ثالثا: الخصوم في الطعن في الاستئناف السعودي:

أما الاستئناف السعودي فالطاعن فيه لم يختلف عن التمييز سوى أنه لم يذكر المادة التي تجعل لرئيس القضاة تمييز أي حكم يرى تمييزه، وبالتالي نص على المحكوم عليه، والمحكوم له لا بكل طلباته[٤]، كما أورد النص الخاص برفع المحكمة التي أصدرت الحكم الاعتراض فيما يتعلق بالأولياء، أو الأوصياء، أو ممثلي الجهات الحكومية[٥].

وعلى هذا فالاستئناف السعودي يحصر المعترض بالاستئناف فيما يأتي:

١- المحكوم عليه

٢- الذي لم يقض له بكل طلباته

٣- محكمة أول درجة في الأحكام الصادرة في حق الأولياء، والأوصياء، وممثلي الأجهزة الحكومية... إلخ.

---

(١) م١٧٤ مرافعات سعودي قديم، وانظر: الكاشف: ج٢/ص١٩٣؛ المبسط: ص٢٨٢-٢٩٠، المرجع: ص٤٧٢-٤٧٣.

(٢) انظر: لائحة تعليمات تمييز الأحكام الشرعية الصادرة في ١٣٨٦/١١/٢٥هـ.

(٣) م١٦٥ مرافعات سعودي قديم.

(٤) انظر: م١٧٧ مرافعات سعودي جديد.

(٥) انظر: السابق: م١٦٦.

رابعا: الخصوم في الطعن في الاستئناف اليمني:

طبقا للمادة (٢٧٣) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني تقصر حق الطعن بأي طريق - ومنها الاستئناف - على من اتسم بأي من السمات الآتية:

- أن يكون محكوما عليه
- ألا يكون قد قبل الحكم صراحة في محضر الجلسة، أو في جلسة لاحقة
- ألا يكون قد قام بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه خلال مدة الطعن
- ألا يكون قد حكم له بكل طلباته.

إذن فليس المحكوم عليه فقط هو من يسمح له بالطعن بالاستئناف.

واستثناء من شرط عدم قبول الحكم قد أجاز القانون اليمني رفع استئناف مقابل من الخصم المرفوع ضده استئناف أصلي في ميعاد الاستئناف بعد قبول الحكم، حيث ورد في قانون المرافعات والتنفيذ أنه: «يجوز للمستأنف ضده إذا كان قد قبل الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي، وكان ميعاد الاستئناف ما زال قائما أن يرفع استئنافا مقابلا، بتقديم مذكرة مشتملة على كافة أسبابه»[1].

فالاستئناف المقابل يرفع - وفقا لذلك - بالشروط الآتية:

- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل
- قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي
- قيام ميعاد الاستئناف.

وفي حالة قبول الحكم، وفوات موعد الاستئناف، أجاز القانون - استثنائيا أيضا - للخصم المرفوع ضده استئناف أصلي أن يرفع استئنافا فرعيا، حيث جاء في نص القانون: «أما إذا كان ميعاد الاستئناف قد مضى فيجوز له أن يرفع استئنافا فرعيا خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بالاستئناف الأصلي يرتبط به وجودا وعدما... »[2].

والفرق بينهما أن الاستئناف المقابل لا يزول بزوال الاستئناف الأصلي، في حين أن الاستئناف الفرعي يرتبط بالأصلي وجودا وعدما.

فالاستئناف الفرعي يرفع بالشروط الآتية:

- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل
- قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي

---

(١) م٢٨٦ مرافعات يمني.

(٢) السابق: م٢٨٦.

- عدم قيام ميعاد الاستئناف.

خامسا: الخصوم في الطعن في الاستئناف السوداني:

نص قانون الإجراءات السوداني على أنه «لا يجوز الطعن في الأحكام والأوامر إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم، أو ممن قضي له بكل طلباته»(١).

أي إن الطاعن في الحكم – بالاستئناف أو غيره – ينبغي أن يكون:

- محكوما عليه، ولم يقبل الحكم
- من لم يقض له بكل طلباته، ولم يقبل الحكم.

ويجوز رفع الاستئناف المقابل، أو الاستئناف الفرعي، ولكن بتفاصيل مختلفة عما ورد في قانون المرافعات اليمني؛ إذ نص قانون الإجراءات السوداني على أنه: «يجوز للمستأنف ضده، إلى ما قبل قفل باب المرافعة أن يرفع استئنافا مقابلا بالإجراءات المقررة لرفع الاستئناف، أو بمذكرة مشتملة على أسبابه»(٢).

وعلى هذا تكون شروط الاستئناف المقابل في قانون الإجراءات السوداني هي:

- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل
- عدم قفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي.

أما إذا كان المستأنف ضده قد قبل بالحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي ضده، أو انقضى موعد الاستئناف صار الاستئناف المقابل الذي يرفعه في نظر القانون هو استئناف فرعي، يتبع الأصلي، ويزول بزواله(٣).

فشروط الاستئناف الفرعي في قانون الإجراءات السوداني هي:

- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل
- قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي، أو انقضاء موعد الاستئناف.

---

(١) م١٥٧ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) السابق: م١٧٣/١.

(٣) انظر: السابق: م١٧٣/٣.

المطلب الثاني
الخصوم في الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المصري

في القانون المصري الصادر عام ١٩٦٨م القاعدة في الأحكام العامة للطعن في الأحكام القضائية هي هي نفس القاعدة في النظام السعودي الصادر في ١٤٢١/٥/٢٠هـ الموافق ٢٠٠٠/٨/٢١م، فالمادة الواردة في ذلك النظام السعودي نصها: «لا يجوز الاعتراض على الحكم إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم، أو ممن قضي له بكل طلباته، ما لم ينص النظام على غير ذلك»(١).

وفي القانون المصري النص هو: «لا يجوز الطعن فى الأحكام إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قبل الحكم، أو ممن قضى له بكل طلباته، ما لم ينص القانون على غير ذلك»(٢)

فالمادة هي نفسها بنصها باستثناء لفظ (الاعتراض)، وإحلاله محل (الطعن)، ولفظ (النظام) وهو المقابل السعودي للقانون.

وطبقا لهذه المادة نجد أن الأصل في الطاعن (ما لم ينص القانون على غير ذلك) يمكن أن يكون:

١- المحكوم عليه

٢- من لم يقض له بكل طلباته.

وقد تقرر من قبل أن القانون المصري لم يستثن من جواز الاستئناف، الحالة الوجوبية التي يرفع فيها الطعن المحكمة التي أصدرت الحكم الأول، وهو فيما يتعلق بالأولياء، والأوصياء، ومن في حكمهم.

فالطاعن في القانون المصري ينبغي أن يكون صاحب مصلحة مباشرة، وإرادة كاملة في رفع الطعن، والنظم الإسلامية ترى أن الاعتماد فقط على الحق الجوازي في الاستئناف في حالة الولاية، أو الوصاية على الغير، قد يؤدي للإضرار بمصالح أصحاب الشأن، فجعل الاستئناف يتم وجوبيا مراعاة لمصلحة فاقدي الأهلية، أو من في حكمهم.

وهنا يكون الطاعن في الاستئناف غير ذي مصلحة مباشرة، وهو ما لم يقرره القانون المصري؛

---

(١) م١٧٤ مرافعات سعودي قديم؛ وانظر: الكاشف: ج٢/ص١٩٣؛ المبسط: ص٢٨٨-٢٩٠؛ المرجع: ص٤٧٢-٤٧٣.

(٢) م٢١١ مرافعات مصري.

حيث قال بعض الباحثين[١]: «يشترط في الطاعن بالاستئناف أن يكون له مصلحة قانونية في الطعن: المصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى فحسب، وإنما هي شرط لقبول أي طلب، أو دفع، أو طعن في الحكم، أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة» ويقول أيضا: «وعلى ذلك فالمصلحة القانونية في مجال الطعن بالاستئناف تتوافر بأن يكون الشخص محكوما عليه لخصمه، ويكون الشخص محكوما عليه إذا لم يقض له بكل طلباته إذا كان مدعيا، أو لم يؤخذ بكل دفاعه إذا كان مدعيا[٢] عليه»[٣].

جدير بالذكر أن تفويت الاستئناف، يترتب عليه - في الأصل - تفويت النقض؛ حيث إن الأصل في النقض أن يكون فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف[٤].

إذن الأصل في رفع الطعن أن يكون من المحكوم عليه، وممن لم يقض له بكل طلباته في قضاء الدرجة الأولى.

واستثناء من هذه القواعد العامة أجاز المشرع المصري أيضا رفع استئناف مقابل واستئناف فرعي بتفاصيل مثل الواردة في قانون الإجراءات السوداني الواردة في المطلب السابق[٥].

وقد لاحظنا أن مجلة الأحكام العدلية، ونظام المرافعات السعودية القديم والحديث قد أغفلوا ذكر الاستئناف المقابل، والاستئناف الفرعي، وأن قانون المرافعات اليمني، والمصري، وقانون الإجراءات المصري قد نصوا عليها بتفاصيل مختلفة قليلا، فهل هناك ضرورة لذلك أم أن الاكتفاء بالأحكام العامة في الاستئناف تغني عنهما؟

للجواب على هذا السؤال، يلزم تقرير حقيقة مهمة، وهي أنه ليس كل الدعاوى تأخذ الشكل اليسير الذي فيه محكوم له بالعين أو بالثمن، ومحكوم عليه بدفع أو تسليم أي منهما، فبعض الدعاوى يخرج الخصوم جميعا، وقد قضي لهم ببعض طلباتهم، ورفض بعض آخر، فهؤلاء هم الذين شرّع لأجلهم الاستئناف المقابل، والاستئناف الفرعي.

وبيان ذلك فيما يتلق بالاستئناف المقابل: أنه ربما يطعن بالاستئناف أحد الخصوم، وتقيد المحكمة بنظر الطلبات التي رفع عنها استئناف فقط - بحسب ما سنراه في التفصيل ذلك لاحقا - مما يجعل المستأنف ضده وإن استطاع الدفاع عن موقفه في الاستئناف الأصلي، لكنه لا يجوز له صرف المحكمة إلى ما حكم ضده به؛ لأن المحكمة لا تسمح لها بذلك، فيكون الاكتفاء بدفاع المستأنف

---

(١) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٥٣٢.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «مدعًى».

(٣) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٥٣٢.

(٤) انظر: م٢٤٨ مرافعات مصري.

(٥) السابق: م٢٣٧.

ضده غير كاف، ولا عادل.

لأجل ذلك نص قانون المرافعات المصري على أنه: «يجوز للمستأنف عليه إلى ما قبل إقفال باب المرافعة أن يرفع استئنافا مقابلا بالإجراءات المعتادة، أو بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه».

وعلى ذلك تكون شروط الاستئناف المقابل أربعة شروط: اثنان إيجابيان، واثنان سلبيان، وبيانها كالآتي:

- وجود استئناف أصلي ضد من يرفع الاستئناف المقابل
- وجود مصلحة لرافعه في أنه لم يحكم له ببعض طلباته
- عدم قبول المستأنف للحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي
- عدم فوات موعد الاستئناف[١].

أما الاستئناف الفرعي، فهو رخصة للمستأنف ضده الذي قبل بالحكم، أو فاته موعد الاستئناف، ليرفع طعنه استثناء بعد أن يكون الأصل قد تحقق بانتهائية الحكم بسبب قبوله، وبسبب فوات موعد الطعن فيه، والسبب في ابتداع هذا الطعن الاستثنائي الخارق للقواعد هو أنه قد يمكث أحد الخصوم - عامدا أو غير عامد - فترة بعد الحكم، فيوهم خصمه أنه لن يطعن بالاستئناف، فيقوم الآخر بالتوقيع بقبول الحكم، أو تفويت موعد الاستئناف، وقد يؤدي ذلك إلى تعديل موقفه، والحكم له فيما يخصه، في حين يبقى الآخر في الشق الذي لم يحكم له فيه لا يستطيع تغييرها[٢].

لذلك نص قانون المرافعات المصري على أنه: «إذا رفع الاستئناف المقابل بعد مضى ميعاد الاستئناف، أو بعد قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلى اعتبر استئنافا فرعيا يتبع الاستئناف الأصلى، ويزول بزواله».

وبذلك تكون شروط الاستئناف الفرعي كالآتي:

- وجود استئناف أصلي ضد من يرفع الاستئناف الفرعي
- وجود مصلحة لرافعه في أنه لم يحكم له ببعض طلباته
- قبول المستأنف للحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي، أو فوات موعد الاستئناف
- ألا يكون باب المرافعة في الاستئناف الأصلي قد قفل[٣].

والحاصل أن الاستئناف الفرعي قد شرع في القانون المصري، واليمني، والسوداني، واختلف عن الاستئناف المقابل في أن هذا الأخير لا يتأثر بالاستئناف الأصلي، فإذا ما سُحب، أو شطب

---

(١) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٧٩٧-٨٠٠ بتصرف.

(٢) انظر: السابق: ص٨٠٢-٨٠٣؛ أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١١٥-١١١٦.

(٣) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٨٠٣-٨٠٦ بتصرف.

الاستئناف الأصلي تستمر المحكمة في نظر الاستئناف المقابل، أما الاستئناف الفرعي فهو يدور مع الاستئناف الأصلي وجودا وعدما؛ وذلك لأنه رخصة، فتزول بزوال سببها[١].

قد يقال إن رفع الاستئناف المقابل، وإن لم ينص عليه النظام السعودي فإن نصوصه لا تمنعه؛ لأن من لم يقض له بكل طلباته يملك حق الاستئناف، سواء كان أصليا أو مقابلا، وبذلك يكون النص على الاستئناف المقابل تقرير أمر مقرر من قبل في الأحكام العامة للطعن، ويكون بمثابة تكرار أو حشو لا نفع فيه.

والواقع ليس في الاستئناف المقابل – أيا كانت صوره – مجرد تجويز جائز، أو تقرير أمر قد سبق تقريره في القواعد العامة للطعن، وذلك نظرا لما يأتي:

- في الاستئناف المقابل تجميع للقضية أمام محكمة الاستئناف، وفي ذلك يقول الدكتور نبيل إسماعيل عمر: «إنما يقتصر دور الإستئناف[٢] المقابل كأداة فنية من أدوات النظام القانوني للطعن بالإستئناف[٣] على إعادة تجميع كافة عناصر موضوع الطلب القضائي مرة ثانية أمام محكمة الاستئناف»[٤].
- أنه يوجد في نظام الاستئناف المقابل، والاستئناف الفرعي فروق، واختلافات واستثناءات من القواعد العامة، فالقانون اليمني يجعلهما حالة استثنائية من الطعن بالاستئناف بعد القبول بالحكم، والقانون المصري والسوداني يجعلانهما يرفعان استثنائيا بعد انقضاء الموعد، وقبل قفل باب المرافعة.

---

(١) انظر: السابق: ص٨٠٣؛ أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١١١٦.

(٢) كذا بالأصل، ولعل الصواب «الاستئناف».

(٣) كذا بالأصل، ولعل الصواب «بالاستئناف».

(٤) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٨٠٢.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

اتفقت النظم الإسلامية وقانون المرافعات المصري على أن المحكوم عليه، أو من لم يقض له بكل طلباته يملك حق الطعن بالاستئناف.

ثانيا: أوجه الاختلاف

الاختلاف الأول: الطاعنين بالاستئناف:

١- النظم الإسلامية:

- الطاعن بطريق التمييز في مجلة الأحكام العدلية يمكن أن يكون واحدا مما يأتي:
  ١- المحكوم عليه
  ٢- المحكوم له (والظاهر أن معناه المحكوم له الذي لم يقض له بكل طلباته)
  ٣- الجهة المنوطة برفع طلب التمييز الوجوبي للأحكام الصادرة في حق الأيتام، والمجانين والمعتوهين، والأوقاف.
- الطاعن بالتمييز في قانون المرافعات الشرعية السعودي القديم يمكن أن يكون واحدا مما يأتي:
  ١- المحكوم عليه
  ٢- من لم يقض له بكل طلباته
  ٣- رئيس القضاة
  ٤- المحكمة التي أصدرت الحكم الأول إن كان يتعلق الأولياء والأوصياء وممثلي الأجهزة الحكومية
- الطاعن بالاستئناف في قانون المرافعات الشرعية السعودي الجديد يمكن أن يكون واحدا مما يأتي:
  ١- المحكوم عليه
  ٢- الذي لم يقض له بكل طلباته
  ٣- محكمة أول درجة في الأحكام الصادرة في حق الأولياء، والأوصياء، وممثلي الأجهزة الحكومية.
- الطاعن بالاستئناف في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني يمكن أن يكون المحكوم عليه، أو

الذي لم يقض له بكل طلباته، بشرطين، هما:

١- ألا يكون قد قبل الحكم صراحة في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقة

٢- ألا يكون قد قام بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه خلال مدة الطعن.

- الطاعن في قانون الإجراءات المدنية السوداني يمكن أن يكون المحكوم عليه، أو من لم يقض له بكل طلباته بشرط ألا يقبل الحكم.

٢- قانون المرافعات المصري:

الطاعن بالاستئناف في قانون المرافعات المصري يمكن يكون المحكوم عليه أو من لم يقض له بكل طلباته.

الراجح:

ترجح في المبحث السابق الاستئناف الوجوبي، وهذا يعتبر بالتالي ترجيحا لضم طاعن آخر للطاعنين بالاستئناف، وهو المحكمة التي أصدرت الحكم الابتدائي؛ لكي تطلب استئناف قضايا غير المكلفين، أو فاقدي الأهلية، ومن في حكمهم، ولو لم يطعن ممثلوهم.

أما تمييز رئيس القضاة السعودي لأي حكم يراه، فيبدو أن ذلك كان قبل الفصل بين محكمة الاستئناف والنقض، كما هو النظام الحديث، أما وقد تم الفصل، فلا يترجح أن يكون قضاء الدرجة الثانية مما يتدخل فيه أولو الأمر، إنما تدخلهم يكون في الأحكام المخالفة للشرع فينقضونها، وقد تم بحث ذلك في الفصل الخاص بالنقض.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات السوداني، وقانون المرافعات المصري، بإيجاب الاستئناف استثنائيا إذا كان الحكم صادرا في حق مال يتعلق بناقص الأهلية أو عديمها، أو في حق مال عام، وذلك كما في مجلة الأحكام العدلية والنظام السعودي، ثم النص على أن المحكمة هنا تكون هي الطاعن وجوبا.

الاختلاف الثاني: الاستئناف الأصلي، والمقابل، والفرعي:

١- النظم الإسلامية:

- لم يأخذ التمييز العثماني، والتمييز السعودي، والاستئناف السعودي، بنظام الاستئناف المقابل والاستئناف الفرعي.
- أجاز قانون المرافعات والتنفيذ اليمني الاستئناف المقابل بالشروط الآتية:

١- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل

٢- قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي

٣- قيام ميعاد الاستئناف.

وأجاز الاستئناف الفرعي بالشروط الآتية:

١- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل

٢- قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي

٣- عدم قيام ميعاد الاستئناف.

- أما قانون الإجراءات المدنية السوداني فقد أجاز الاستئناف المقابل بالشروط الآتية:

١- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل

٢- عدم قفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي

وأجاز الاستئناف الفرعي بالشروط الآتية:

١- وجود استئناف أصلي ضد رافع الاستئناف المقابل

٢- قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي، أو انقضاء موعد الاستئناف.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

أجاز القانون المصري الاستئناف المقابل بالشروط الآتية:

- وجود استئناف أصلي ضد من يرفع الاستئناف المقابل
- عدم قبول المستأنف للحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي
- عدم فوات موعد الاستئناف.

كما أجاز الاستئناف الفرعي بالشروط الآتية:

- وجود استئناف أصلي ضد من يرفع الاستئناف الفرعي
- قبول المستأنف للحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي، أو فوات موعد الاستئناف
- ألا يكون باب المرافعة في الاستئناف الأصلي قد قفل.

الراجح:

يترجح ما توجه إليه نظام المرافعات الشرعية السعودي بعدم النص على أي استئناء مقابل أو فرعي، وذلك للاعتبارات الآتية:

- أن من لم يرفع استئنافا حتى فاته الموعد، وكذلك من قبل بالحكم هو بمثابة المتنازل عن حقه، والموافق ضمنا بأن يستأنَف عليه، ولا يستأنِف.
- أن القول بأن الاستئناف المقابل هدفه تجميع الطلبات القضائية أمام محكمة الاستئناف لا ينتهض مبررا للقواعد الاستثنائية فيه، ولا في الاستثناء الفرعي؛ لأن الأمر مرتبط بإرادة الخصم، فإن تنازل فلا يحسن أن يعاد فتح الباب له مرة أخرى، إنما يحسن

توعية الخصوم بأن تنازلهم أو تفويتهم الموعد قد يحرمهم من الاستئناف إذا طعن به خصومهم.

- إذا أخذنا في الحسبان الفارق بين الاستئناف في النظم الإسلامية، والاستئناف في قانون المرافعات المصري - وسنعرض له لاحقا - أن الأول يجعل محكمة الاستئناف مقيدة بالحكم الأول ما دام صحيحا شرعا، وإن خالف تقدير محكمة الاستئناف، أما في قانون المرافعات المصري فيطلق سلطة المحكمة التقديرية بلا تقيد بقضاء القاضي في أول درجة - إذا أخذنا في الحسبان ذلك ستبدو عدم جدوى النص على استئناف مقابل، أو استئناف فرعي.

المقترح:

تعديل قانون المرافعات اليمني، وقانون الإجراءات المدنية السوداني، وقانون المرافعات المصري، بحذف الاستئناف المقابل والاستئناف الفرعي.

المبحث السادس

إجراءات الطعن بالاستئناف وآثاره

وخطة الدراسة في هذا المبحث كالآتي:

- المطلب الأول: إجراءات الطعن بالاستئناف
- المطلب الثاني: آثار الطعن بالاستئناف
- المطلب الثالث: المقارنة والترجيح.

المطلب الأول

إجراءات الطعن بالاستئناف

الفرع الأول: إجراءات الطعن بالاستئناف في النظم الإسلامية

تقرر آنفا أن الأصل في الاستئناف (أو التمييز) أنه يوقف تنفيذ أحكام الدرجة الأولى، وهذا مقرر في القانون المصري، وعند مجيزي الاستئناف في الفقه والنظم الإسلامية، ويلزم من وقف النفاذ أن يكون إلى أجل مسمى، فإن لم يتخذ المعترض أو الطاعن ما يلزم من إجراءات في الأجل المحدد، اكتسب الحكم القوة المؤدية للتنفيذ، وذلك لئلا يتخذ الطعن بالاستئناف ذريعة لتأبيد المنازعات، وتعطيل أحكام القضاء.

الاستئناف (أو التمييز) - بحسب اطلاع الباحث - لم يرو أي أثر يفيد تطبيقه في الدولة الإسلامية قبل الدولة العثمانية، باستثناء حادثة زبية الأسد، كما أن إجراءات الاستئناف لم يُعثر عليها في مصادر الفقه القضائي الإسلامي القديم والمعاصر، وإنما ورد ذكر إجمالي لها في مجلة الأحكام العدلية، وفي نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي.

وفيما يأتي استعراض لإجراءات الاستئناف أو التمييز في بعض النظم الإسلامية:

أولا: إجراءات التمييز العثماني:

لم يذكر شارح مجلة الأحكام العدلية تفاصيل كثيرة للإجراءات التي يقوم بها مستدعي التمييز، وإنما هناك بعض التفاصيل القليلة التي يمكن جمعها من نصوص المجلة وشرحها.

فمن ذلك أن لائحة التعليمات السنية قررت أن مستدعي التمييز المحكوم عليه يملك الاعتراض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ الإعلام له، فإن اعترض بعد ذلك فلا يسمع اعتراضه[١].

ومن ذلك أن طالب التمييز المحكوم عليه «يقدم لائحته الاعتراضية مع صورة الإعلام المصدقة مع استدعاء إلى الحكومة المحلية، وترسل الأوراق المذكورة من الحكومة المحلية إلى باب الفتوى»[٢].

وإذا كان مستدعي التمييز هو المحكوم له فإنه «يقدم أصل الإعلام، أو صورته المصدقة إلى الحكومة المحلية، وترسل إلى باب الفتوى»[٣]، وذلك لأن المحكوم له يحق له أخذ أصل الإعلام الحاوي للحكم، في حين أن المحكوم عليه يعطى صورة منه.

ولم يعثر الباحث على تفاصيل اللائحة الاعتراضية، ولا البيانات التي ينبغي أن تشتمل عليها، فلم

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١-٦٩٣.

(٢) السابق: ج٤/ص٦٩٢.

(٣) السابق: ج٤/ص٦٩١-٦٩٢.

تُذكر في مواد المجلة، ولا فيما اطلع عليه الباحث من شروح، لكن يبدو أن المعترض كان ينبغي أن يذكر ما إذا كان اعتراضه مبنيا على مخالفة الحكم للأدلة الشرعية، أو للأدلة الواقعية، بحسب ما ورد في لائحة التعليمات السنية حيث نصت على أنه: «إذا اعترض في اللائحة الاعتراضية، أو في استدعائه الاعتراض بأن مضمون الإعلام خلاف للواقع فهذه الإعلامات التي يتوقف إجراء التدقيقات على أمور خارجة عن الصك والسبك يحرر على هامشها أو ظهرها مقتضاها من جهة الصك والسبك، وتختم ويبين لزوما لحوالتها لمجلس التدقيقات الشرعية؛ لإجراء التدقيقات الخارجية»[١].

ثانيا: إجراءات التمييز السعودي:

أما إجراءات الاعتراض بالتمييز، فقد نص النظام السعودي السابق على تفاصيل أكثر نسبيا، مثل:

- أن مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوما، فأن لم يعترض الخصم خلالها سقط حقه، واكتسب الحكم القطعية، ومعنى القطعية في ذلك النظام هو قوة الشيء المقضي فيه[٢].
- ويملك المعترض بعد ذلك التراجع عن اعتراضه إذا أبدى قناعته بالحكم بعد رفع الاعتراض لمحكمة التمييز[٣]، أو إذا تصالح الخصوم فيما بينهم، واتفقا على ترك التمييز، فتنتهي بذلك القضية، ولا تعاد إلى محكمة التمييز مرة أخرى[٤].
- وينبغي أن يقدم المعترض مذكرة اعتراضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.
- كما بين النظام ما ينبغي أن تشتمل عليه المذكرة الاعتراضية، وهو: بيان الحكم المعترض عليه، وتاريخه، والأسباب التي بنى الاعتراض عليها، ثم يذكر طلبات المعترض، والأسباب التي تؤيد اعتراضه[٥]، وينبغي أن توقع المذكرة الاعتراضية من المعترض، أو من يمثله شرعا[٦].
- كما نص النظام على أنه بعد رفع مذكرة الاعتراض يجوز للقاضي أن يعيد النظر في الحكم، فيؤكد حكمه، أو يعدله حسبما يظهر له، فإن أكده فيرفعه مع كامل الأوراق إلى محكمة التمييز، أما إذا عدله فيبلغ به الخصوم، وتسري عليه في حينئذ الإجراءات المعتادة[٧].

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩٢.

(٢) انظر: م١٧٨ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢١٥؛ المبسط: ص٣٠٣؛ المرجع: ص٤٨١-٤٨٢.

(٣) انظر: م١٧٨/٢ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢١٥؛ المبسط: ص٣٠٤؛ المرجع: ص٤٨١-٤٨٢.

(٤) انظر: م١٧٨/٣ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢١٥؛ المبسط: ص٣٠٤؛ المرجع: ص٤٨٢.

(٥) انظر: م١٨٠ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٢٥؛ المبسط: ص٣٠٦؛ المرجع: ص٤٨٤.

(٦) انظر: م١٨٠/١ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٢٥؛ المبسط: ص٣٠٦؛ المرجع: ص٤٨٤.

(٧) انظر: م١٨١ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٢٧؛ المبسط: ص٣٠٦، المرجع: ص٤٨٤.

ومعنى ذلك أنه لا يتم استنفاد ولاية القاضي الأول نهائيا من القضية إلا بعد نظره في الاعتراض، وتأكيد حكمه، فتنتهي ولايته على القضية بانتقالها إلى محكمة التمييز، إذا حدث ورُفع اعتراض.

ثالثا: إجراءات الاستئناف السعودي:

أحكام إجراءات الاستئناف السعودي في نظام المرافعات الجديد لم تختلف كثيرا عنها في التمييز السعودي، حيث كانت الإجراءات فيه كما يأتي:

- أن يبدأ موعد الاعتراض من تاريخ تسليم صورة إعلام الحكم إلى المحكوم عليه، أو من التاريخ المحدد لتسيمها(١).
- كما أنه «إذا كان المحكوم عليه سجينا أو موقوفا فعلى الجهة المسؤولة عنه إحضاره للمحكمة؛ لتسلم صورة إعلام الحكم خلال المدة المحددة لتسلمها، وكذلك إحضاره لتقديم اعتراضه في المدة المحددة لتقديم الاعتراض»(٢).
- وأن المعترض لابد أن يقدم المذكرة الاعتراضية إلى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم(٣).
- ولابد أن تشتمل المذكرة على بيان الحكم المعترض عليه، ورقمه، وتاريخه، والأسباب التي بني عليها الاعتراض، وطلبات المعترض، وتوقيع المعترض، وتاريخ تقديم مذكرة الاعتراض(٤).
- أنه يجوز للدائرة التي أصدرت الحكم المعترض عليه أن تعيد النظر في الحكم، فتؤكد حكمها، أو تعدله بحسب ما يظهر لها.
    - فإن أكدته رفعته مع جميع الأوراق إلى محكمة الاستئناف.
    - وإن عدلت الحكم فينبغي أن تبلغه للخصوم، ويكون حينئذ قابلا للاعتراض بالتمييز ضمن الإجراءات المعتادة(٥).

---

(١) انظر: م١/١٧٩ مرافعات سعودي جديد.
(٢) انظر: السابق: م٢/١٧٩.
(٣) انظر: السابق: م١/١٨٨.
(٤) انظر: السابق: م١/١٨٨.
(٥) انظر: السابق: م١٨٩.

رابعاً: إجراءات الاستئناف اليمني:

نظم قانون المرافعات والتنفيذ اليمني إجراءات الاستئناف كالآتي:

- جعل الأصل في ميعاد الطعن ستين يوما[١] تبدأ منذ استلام المحكوم عليه نسخة الحكم، أو إعلانه بها إعلانا صحيحا، فإن لم يطعن في هذه المدة يسقط حقه في الطعن[٢].
- يرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف، أو إلى المحكمة التي أصدرت الحكم الطعين[٣].
- يقدم أصل صحيفة الطعن إلى المحكمة، ونسخا منها بعدد الخصوم[٤].
- تشتمل الصحيفة على بيانات الخصوم، وبيانات الحكم الطعين، والأسباب التي بني عليها الطعن، وطلبات الطاعن، وتكليف الخصم بحضوره أمام المحكمة، وتوقيع الطاعن أو وكيله[٥].
- يرفق الطاعن بالصحيفة المستندات المؤيدة له، وسند توكيل من وكله[٦].
- يرفق الطاعن بصحيفته سند دفع الرسوم المستحقة، ويعد الطعن مرفوعا من تاريخ تقديم ذلك[٧].
- على المحكمة الابتدائية التي طعن في حكمها بالاستئناف أن تؤشر بالطعن في سجل قيد القضايا، وترسل الملف، وكل الأوراق إلى محكمة الاستئناف خلال ثلاثة أيام لتقوم باللازم[٨].

خامسا: إجراءات الاستئناف السوداني:

نظم قانون الإجراءات المدني السوداني إجراءات الطعن بالاستئناف كما يأتي:

- جعل ميعاد الطعن بالاستئناف خمسة عشر يوما[٩]، وجعل الأصل فيها أن تبدأ من اليوم التالي لإعلان الطاعن بالحكم[١٠].

---

(١) انظر: م٢٧٥ مرافعات يمني.
(٢) انظر: السابق: م٢٧٦.
(٣) انظر: السابق: م٢٧٩.
(٤) انظر: السابق: المادة نفسها.
(٥) انظر: السابق: المادة نفسها.
(٦) انظر: السابق: المادة نفسها.
(٧) انظر: السابق: م٢٨٠.
(٨) انظر: السابق: م٢٨٥.
(٩) انظر: م١٧٤ إجراءات مدنية سوداني.
(١٠) انظر: السابق: م١٥٩.

- يرفع الطعن إلى محكمة الاستئناف[١]، كما يجوز تقديم صحيفته إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وهي تتولى إرساله مع ملف القضية لمحكمة الاستئناف، مع ما يفيد إيداع الرسم المستحق[٢].
- تشتمل صحيفة الطعن على البيانات العامة لأي دعوى، وبيانات الحكم المطعون فيه، والأسباب التي بني عليها الطعن، وطلبات الطاعن[٣].
- ترفق بالصحيفة صورة رسمية من منطوق الحكم الطعين[٤].
- الأصل أن يعد الطعن مرفوعا من تاريخ دفع الرسوم[٥].

الفرع الثاني: إجراءات الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المصري

نظر القانون المصري للاستئناف بوصفه درجة ثانية في التقاضي، فصارت صحيفة الدعوى فيه ترفع مثل الدعوى المبتدأة، حيث لا يتجه الطاعن سوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، بل إلى المحكمة الاستئناف التي تحكم في الطعن، وفي ذلك يقول بعض الباحثين[٦]: «يرفع الاستئناف شأنه شأن الدعوى المبتدأة بصحيفة تودع قلم كتّاب المحكمة المرفوع إليه الاستئناف، ويراعى في تحريرها، وما تشتمل عليه من بيانات ما يراعى في تحرير صحيفة الدعوى».

وقد تقرر في الفصل الخاص بالنقض أن: «يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتّاب محكمة النقض، أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه»[٧] أما في الاستئناف فقد أكد المشرع على وحدة الجهة، إمعانا في التأكيد على أن محكمة الاستئناف تنظر في الحكم كأنه دعوى مبتدأة، حيث نص القانون على أنه: «يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتّاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقا للأوضاع المقررة لرفع الدعوى»[٨].

---

(١) انظر: م١٦٦/١ إجراءات مدنية سوداني.

(٢) انظر: السابق: م١٦٦/٣.

(٣) انظر: السابق: م١٦٦/١.

(٤) انظر: السابق: م١٦٦/٢.

(٥) انظر: السابق: م١٦٥.

(٦) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٩٠ بند٦٤٥/أ، وانظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٨٤.

(٧) م٢٥٣ مرافعات مصري.

(٨) السابق: م٢٣٠، وانظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات: ص٨٧٨ وما بعدها، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني: ص٦٨٤.

وقد تقرر في الأحكام العامة للطعن أن ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك[١]، وورد في المادة (٢٢٧) مرافعات أن: «ميعاد الاستئناف أربعون يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم، ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوما بالنسبة للنائب العام، أو من يقوم مقامه».

على أن القانون يسمح بتنازل المستأنف عن حقه في الاستئناف، وبقبول ترك الخصومة فيه في أي وقت يشاء، أثناء نظر الخصومة، أو إن كان ميعاد الطعن بالإستئناف قد انقضى[٢].

أما بيانات صحيفة الطعن فينبغي أن تشتمل على بيان الحكم المستأنف، وتاريخه، وأسباب الاستئناف، والطلبات، وبين القانون إن إغفال أي من ذلك يعد مبطلا لصحيفة الاستئناف[٣].

وأسباب الطعن بالاستئناف تختلف عن أسباب الطعن بالنقض، فأسباب الاستئناف ليست محصورة قانونا، كما أن المحكمة لا تبحث صحتها أو مشروعيتها، ولهذا يقول بعض الباحثين[٤] عن اشتراط بيانها في صحيفة الطعن بالاستئناف: «والقصد من هذا البيان ضمان جدية الاستئناف، وقد ترك المشرع للمستأنف تقدير ما يرى بيانه في صحيفة الاستئناف من الأسباب التي يستند إليها في طلب إلغاء الحكم أو تعديله».

وهناك رأي آخر يرى أنه ينبغي للمشرع ألا يلزم الطاعن بذكر أسباب؛ لأن مجرد رفع الاستئناف يفصح في ذاته عن أسبابه، ولأن نظام الاستئناف هو طريق طعن عادي، وأن محكمة أول درجة أعملت سلطتها التقديرية، فمن الطبيعي ألا يطالب المستأنف بتوضيح أسباب من شأنها تجريح حكم تلك المحكمة، وأنه قد لا يجد أسبابا؛ لأن اجتهاد محكمة أول درجة هو اجتهاد صحيح من وجهة نظرها على الأقل، من خلال استخدام سلطتها التقديرية[٥].

ومما قد يثير التعجب، أن القانون يفرض ذكر الأسباب أيا كانت في عمومها «والمستأنف في تحديده لأسباب الاستئناف يستطيع أن يسندها إلى الخطأ في القانون بالمعنى الواسع، كأن يستند إلى أن النص المطبق ليس هو واجب التطبيق، أو أن القاضي ولد نتائج لا يولدها النص المطبق، أو أن

---

(١) انظر: م٢١٣ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، السابق: ص٨٧٧.

(٢) انظر: مادة ٢٣٨ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢١ وما بعدها.

(٣) انظر: م٢٣٠ مرافعات مصري؛ أحمد أبو الوفا، السابق: ص٨٧٨ - ٨٧٩؛ أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٣٣٣-٣٣٥ بند٤١٢.

(٤) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص١٠٩١ بند٦٤٧/٢.

(٥) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٤٥٩-٤٦٠.

هناك خطأ في التكييف القانوني للواقع...»[١]، ويزيد التعجب أن المحكمة لا تلتزم تلك الأسباب، «وتملك تعديل الحكم المطعون فيه، أو إلغاءه بناء على أسباب أخرى...»[٢].

وقد سبقت الإشارة إلى أن أبرز ما يميز الاستئناف هو أن الأصل جوازه لكل محكوم عليه بغض النظر عن مشروعية الأسباب المستند إليها، وأن الطعن بالنقض لابد أن يستند إلى أسباب محددة حصرها القانون، فإن لم يكن السبب صحيحا حكم برفض الطاعن، وبالمصروفات، وربما بالغرامة، أما الطاعن بالاستئناف إن استند إلى أسباب غير صحيحة، ووجد سبب آخر مقنع لمحكمة الاستئناف يدعو لتعديل الحكم، فإنها تعدله بناء على ذلك السبب الذي لم يعمد الطاعن إلى ذكره.

إن فلسفة الاستئناف في القانون الوضعي تقوم على أساس إعمال محكمة أعلى درجة لسلطتها التقديرية للقواعد القانونية والواقعية، وهذه السلطة التقديرية يفترض إعمالها حتى على فرض أن محكمة أول درجة لم تخطئ في حكمها، ويفترض عدم تقيد هذه السلطة التقديرية بالحكم الأول، ولا بالأسباب التي ذكرها الطاعن، فمحكمة الاستئناف «تنظر الطعن العادي بنفس سلطات قاضي أول درجة الذي أصدر الحكم المطعون عليه»[٣].

وقد اشترط القانون في حالة كون الاستئناف بسبب مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو بسبب وقوع بطلان فى الحكم، أو فى الإجراءات أثر فى الحكم - اشترط إيداع كفالة بخزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف، كما تصادر الكفالة بقوة القانون إن حكم بعدم جواز الاستئناف لتلك الأسباب[٤].

ومما يجدر ذكره أنه لابد من توقيع محام مقبول لدى محكمة الاستئناف على صحيفة الطعن[٥]، وكما قال بعض الباحثين[٦]: «فإن هذا التوقيع يتصل بالنظام العام وواجب المراعاة، وعلى المحكمة ملاحظته من تلقاء نفسها، بحيث يترتب على إغفاله بطلان صحيفة الاستئناف».

---

(١) السابق: ص٤٥٧.

(٢) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٤٥٨.

(٣) أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها: ص٢٧٧-٢٧٨ بند ٣/٣٤٨.

(٤) انظر: م٢٢١ مرافعات مصري.

(٥) انظر: م٨٧ قانون المحاماة المصري.

(٦) أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: بند٦٤٩ ص١٠٢٩.

المطلب الثاني
آثار الطعن بالاستئناف

الفرع الأول: آثار رفع الطعن بالاستئناف

أولا: آثار رفع الطعن بالتمييز في القانون العثماني:

أشارت لائحة التعليمات السنية الصادرة ٢ محرم ١٣٠٠هـ إلى تأخير تنفيذ الحكم الصادر في الإعلام انتظارا لنتيجته، وكانت عبارتها أن: «مستدعي التمييز المحكوم عليه يقدم لائحته الاعتراضية، مع صورة الإعلام المصدقة، مع استدعاء إلى الحكومة المحلية، وترسل الأوراق المذكورة من الحكومة المحلية إلى باب الفتوى، ويؤخر تنفيذ الإعلام لنتيجة القرار»[١]، بيد أن العبارة غير صريحة بشأن موعد بدء عدم تنفيذ الحكم، هل من رفع الاعتراض، أم من بدء موعده.

لقد كانت العبارة أكثر وضوحا في حال التمييز الوجوبي إذ قالت اللائحة: «لا تنفذ الأحكام الصادرة في حق الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف قبل تمييزها»[٢] فالعبارة هنا واضحة في أن الحكم لا يكتسب القوة التي من مظاهرها التنفيذ الجبري في حق الأيتام، والمجانين، والمعتوهين، والأوقاف قبل تمييزها، وأما فيما يتعلق بالنكاح، والطلاق، وما شابههما فقد نصت اللائحة على أن رفع صحيفة التمييز هو ما يوقف تنفيذ الحكم؛ حيث ورد في اللائحة: « كذلك إذا مُيز الإعلام المتعلق بالمخالعة، والطلاق، وفسخ النكاح يفرق بين الزوجين لنتيجة التمييز، ويمنعا من جميع المعاملات الزوجية، ولا يعطى للزوجة إذن بالزواج من آخر لنتيجة التميز»[٣]، وبالطبع هاتان حالتان استثنائيتان، ولا يقاس عليهما، وبالتالي لا يكون لدينا إشارة واضحة إلى موعد بدء عدم التنفيذ، وهل هو أثر لرفع الاعتراض بالتمييز أم لحلول موعده.

ثانيا: آثار رفع الطعن بالتمييز في نظام المرافعات السعودي القديم:

كان نظام المرافعات السعودي السابق صريحا في أن الأصل في الحكم القضائي ألا يحظى بقوة التنفيذ، ولا يذيل بالتالي بالصيغة التنفيذية إلا إذا صُدِّق، أو صَدر من محكمة التمييز، أو إن فات آخر موعد للاعتراض عليه. هذا هو الأصل[٤]، ويستثنى من ذلك بعض الأحكام بموجب قرار مجلس القضاء الأعلى بشأن الدعاوي اليسيرة التي لا تقبل التمييز.

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) السابق: الصفحة نفسها.

(٤) انظر: م١٩٧ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٣٠٥؛ المبسط: ص٣٨٨؛ المرجع: ص٤٩٨.

ومعنى هذا أن الحكم فور صدوره من المحكمة الأولى الأصل فيه عدم نفاذه، ويكتسب القطعية التنفيذية بعد انتهاء أجل الاعتراض بالتمييز، أو إذا صدقته محكمة التمييز، أو حكمت فيه.

وهذا يعني أن مجرد رفع الاعتراض بالتمييز السعودي لا يرتب أثرا من ناحية عدم نفاذ الحكم؛ لأنه أثر مترتب أصلا ببدء موعد الاعتراض.

ثالثا: آثار رفع الطعن بالاستئناف في نظام المرافعات السعودي الجديد:

في الاستئناف السعودي أيضا الحكم يكتسب قطعيته بعد فوات مدة الاعتراض، أو بحكم محكمة الاستئناف فيه، وبالتالي فإن بداية مدة الاعتراض هي التي توقف تنفيذ الحكم، ما لم ينص النظام على غير ذلك(١).

رابعا: آثار رفع الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني:

في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني ليس لمجرد رفع الطعن بالاستئناف آثار تتعلق بنفاذ الحكم، أو مواقف الخصوم؛ فالأصل في نفاذ الحكم أنه يرتبط بنهائيته، ونهائية الحكم قد بينتها المادة الثانية؛ إذ نصت على أن الحكم النهائي هو: «الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية (الاستئناف)»، والأصل في الحكم ألا يوصف بهذا الوصف طالما كان ميعاد الطعن متاحا، ولم يقبل الخصم الحكم، فإذا انقضى الموعد، أو قبل الخصم بالحكم فهو نهائي بالنسبة إليه، ويملك قوة الشيء المقضي فيه(٢).

خامسا: آثار رفع الطعن بالاستئناف في قانون الإجراءات المدنية السوداني:

في قانون الإجراءات المدنية السوداني - أيضا - الأصل أن قبول الحكم يصيره نهائيا مكتسبا لقوة التنفيذ(٣)، ولا يكون نهائيا بمجرد رفع الطعن، فلا أثر لمجرد رفع الطعن بنفاذ الحكم، أو عدم نفاذه.

سادسا: آثار رفع الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المصري:

كان القانون الفرنسي قبل ١٩٦٥م يعتبر أن حكم أول درجة يكون قابلا للتنفيذ ما لم يرفع الخصوم طعنا بالاستئناف، فإن رفع أحد الخصوم طعنا بالاستئناف يوقف هذا التنفيذ إذا كان قد بدأ، ويمتنع إن لم يكن قد بدأ(٤).

أما بعد تعديل القانون عام ١٩٦٥م فقد صار القانون الفرنسي يعتبر أن الأصل في الأحكام ألا تكتسب قوة الشيء المقضي فيه إلا بفوات الموعد، أو حكم محكمة الاستئناف، أو بتنازل الخصوم

---

(١) انظر: م١٨٧ مرافعات سعودي جديد.

(٢) انظر: م٢٧٣ مرافعات يمني.

(٣) انظر: م١٥٧ إجراءات مدنية سوداني.

(٤) انظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف: ص٩٣٥-٩٣٧.

عن حقهم في الاستئناف، أو اتفاقهم على كون الحكم نهائيا(١).

والمشرع المصري أخذ بما انتهى إليه القانون الفرنسي، وطبقا لبعض الباحثين(٢) فإن: «القاعدة في القانون المصري أنه لا يجوز الشروع في التنفيذ الجبري إلا بمقتضى حكم إلزام حازا(٣) لقوة الأمر المقضي، أو مشمولا بالنفاذ المعجل، أو بمقتضى سند تنفيذي مما حدده القانون»، إذن فالأصل أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة يكون غير قابل للتنفيذ منذ صدوره وحتى فوات ميعاد الطعن بالاستئناف، أو بتنازل الخصوم عن حقهم في الاستئناف، حيث إنه لما يكتسب قوة الأمر المقضي.

الفرع الثاني: أثر تأييد محكمة الاستئناف للحكم

لم يعثر الباحث على وجود لهذه المسألة في مصادر الفقه القديمة، أي ما قبل مجلة الأحكام العدلية، حيث لم يكن الاستئناف أو التمييز - بحسب اطلاع الباحث - موجودا في معظم عصور الدولة الإسلامية.

وإجمالا، هناك اتفاق بين مجيزي استئناف الأحكام في الشريعة الإسلامية، والقانون المصري على كون تأييد محكمة الاستئناف للحكم يؤدي إلى إكسابه قوة الشيء المحكوم به، ويؤدي أيضا إلى عدم جواز استئنافه مرة أخرى، وفيما يأتي بيان تفصيلي لأثر تأييد محكمة الاستئناف لحكم أول درجة في النظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري:

أولا: أثر تأييد محكمة التمييز للحكم في القانون العثماني:

لم تنص لائحة التمييز العثمانية صراحة على أن الحكم الذي يتم تدقيقه ثم تأييده لا يجوز نظره بعد ذلك أمام هيئتي التمييز (دائرة الفتوى ومجلس التدقيقات الشرعية)، بيد أنه يمكن استنباط ذلك، وإدراجه ضمن عيوب الصياغة التي هي سمة التقنين الذي لم يأخذ الفرصة المناسبة للتطور، فقد ورد في شرح المجلة: «فإذا كان الإعلام موافقا للشرع الشريف يحرر على طرف الإعلام عبارة، أنه موافق لأصوله، ويختم بالختم الرسمي العائد لمميز الإعلامات الشرعية، ويعاد إلى صاحبه»(٤).

فهذه العبارة يفهم منها أنه تم من قبل رؤية الحكم تدقيقا، وتم تأييد الحكم، والختم الرسمي علامة على ذلك، فيصير لا معنى لرؤيته مرة أخرى.

جدير بالذكر أن عبارة «موافقة الإعلام للشرع الشريف» الواردة في عبارة الشيخ علي حيدر شارح المجلة، أو «موافقة الأصول المشروعة» الواردة في متن المجلة تعني ألا يكون الحكم مخالفا لدليل

---

(١) انظر: السابق: ص٩٣٧.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) كذا بالأصل، ولعل الصواب «حائزٍ».

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

قطعي مخالفة واضحة، وذلك طبقا لما هو مستقر في مجلة الأحكام العدلية من عدم جواز نقض الاجتهاد، وسنرى لهذا آثارا في نظم الاستئناف الإسلامية بعد ذلك، وهو أمر - كما تقرر - يخالف مبدأ مهما من مبادئ الاستئناف في النظم الوضعية المعاصرة؛ إذ إنه يقيد السلطة التقديرية لهيئة التمييز أو الاستئناف، بحيث تؤيد الحكم الموافق للشريعة وإن خالف رأيها الراجح، ولا تنقض سوى المقطوع بمخالفته للشريعة، وهذا يسبب اختلاطها بالنقض.

ثانيا: أثر تأييد محكمة التمييز للحكم في نظام المرافعات السعودي القديم:

نص نظام المرافعات الشرعية القديم على أن الأحكام التي صدقت من محكمة التمييز تعتبر قطعية، وتذيل بالصيغة التنفيذية(١)، وبهذا يتأكد الأثر التنفيذي لتأييد محكمة التمييز للحكم القضائي، وهذا يعني أنه لا يجوز رفع الاعتراض بالتمييز أمام محكمة التمييز مرة أخرى.

والتأييد في التمييز السعودي - كالتمييز العثماني - لا يعني بالضرورة اتفاق رأي محكمة التمييز مع رأي المحكمة الأولى في الحكم؛ إذ يكفي فيه موافقة الحكم للأصول الشرعية، وإن خالف السلطة التقديرية لمحكمة التمييز، فقد جاء في نظام المرافعات القديم: «إذا وجدت محكمة التمييز أن منطوق الحُكم موافِق من حيث نتيجتهُ لأصولِه الشرعية صدقته...»(٢).

وثمة أثر آخر قد يترتب على تأييد الحكم من محكمة التمييز، وهو وإن كان غير مؤثر في تغيير الحكم، أو في مواقف الخصوم، إلا أن له قيمة شرعية، وهو أنه متى وجدت محكمة التمييز الحكم موافقا من حيث نتيجته للأصول الشرعية وصدقته، فإنها أجازت لها توجيه نظر القاضي الأول إلى ما قد يكون لها من ملاحظات غير مؤثرة في الحكم(٣)، وهذا الأثر من التوجيه والملحوظات للقاضي الأول قد يتضمن الإشارة للرأي المرجوح للقاضي الأول، وأدلة مرجوحيته، وهو - كما سبق(٤) - يمثل امتدادا لما تناوله الفقهاء في طيات حديثهم عن وجوب إنفاذ حكم القاضي الأول في مسائل الخلاف، وإن كان القاضي الثاني يرى خلافه، فمحكمة التمييز هنا لا تملك الحق الشرعي في نقضه، وإنما تملك محاولة الإقناع فيما استقبل من قضايا، وهذا الدور التوجيهي لمحكمة التمييز له أثر فقهي، لا قضائي، بمعنى أنه لا يؤثر في موقف الخصوم، ولا في ذات الحكم، وإنما قد يكون له أثر في ترجيح القاضي في القضايا المستقبلية، وهو أمر لم يطلع الباحث على وجود له في النظم الوضعية.

---

(١) انظر: م١٩٧/ب مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٣٠٥؛ المبسط: ص٣٨٨؛ المرجع: ص٤٩٨.

(٢) م١٨٥ مرافعات سعودي قديم؛ وانظر: الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٨؛ المرجع: ص٤٨٦.

(٣) انظر: م١٨٥ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٣٥؛ المبسط: ص٣٠٨؛ المرجع: ص٤٨٦.

(٤) انظر: ص٨٤-٨٨ من هذا البحث.

ثالثا: أثر تأييد محكمة الاستئناف للحكم في نظام المرافعات السعودي الجديد:

التأييد في نظام المرافعات السعودي الجديد، اختلف اختلافا يسيرا عنه في نظام المرافعات القديم، فمحكمة الاستئناف حين تنظر في القضايا المعروضة أمامها، فإنها تقرر نظرها بأحد طريقين:

١- إما أن تنظر في القضية مرافعة، أي بحضور الخصوم، وسماع أقوالهم.

٢- أو أن تدقق الحكم دون مرافعة، اكتفاء بما في ملف القضية من أوراق.

ففي الحالة الأولى نص النظام على أنها: «تحكم بعد سماع أقوال الخصوم في طلب الاستئناف، أو طلب التدقيق – إذا رأت النظر فيه مرافعة – بتأييد الحكم، أو نقضه كليا، أو جزئيا...»[١] ولم تذكر أن التأييد هاهنا يتم بناء على موافقة الحكم للأصول الشرعية.

وفي الحالة الثانية نص النظام على أنه: «إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية، أيدته...»[٢]، ومعنى هذا أنها أطلقت إعمال السلطة التقديرية لمحكمة الاستئناف في الحالة الأولى، وهي حالة المرافعة، وقيدتها بالأصول المشروعة في الحالة الثانية، وهي حالة تدقيق الحكم دون مرافعة.

جدير بالذكر أن نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد أقر إمكان التوجيه لملحوظات لا تقتضي نقض الحكم[٣]، وهو عمل – كما تقرر – لا أثر قضائيا له، وإنما أثره فقهي بحت.

رابعا: أثر تأييد محكمة الاستئناف للحكم في قانون المرافعات اليمني:

إذا أيدت محكمة الاستئناف اليمنية الحكم المطعون فيه فإنه يكتسب نهائية، والأصل فيه أن يكون قابلا للتنفيذ، وإن طعن فيه بالنقض[٤]، فالحكم الصادر من محكمة الاستئناف لا يجوز استئنافه، لأن المادة (٢٨٤) تقصر الطعن بطريق الاستئناف على الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية.

خامسا: أثر تأييد محكمة الاستئناف للحكم في قانون المرافعات المصري:

في القانون المصري الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بالتأييد هو حكم حائز للقوة، ولا يسمح باستئنافه ثانية، «فأحكام الاستئناف لا تستأنف»[٥].

كما أضاف القانون المصري تفصيلا آخر، وهو أنه: «يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا

---

(١) انظر: م١٩١ مرافعات سعودي جديد.

(٢) انظر: السابق: م١٩١.

(٣) انظر: السابق: م١٩١.

(٤) انظر: م٢٩٤ مرافعات يمني.

(٥) انظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٤، أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٨ بند٥١١.

كان الاستئناف قد قصد به الكيد»[١]، وذلك أن بعض الطاعنين بالاستئناف يتخذون منه وسيلة لتعطيل تنفيذ الحكم، وربما إلى اتخاذ إجراءات تضيع مصالح للمحكوم عليه حين تنفيذه بعد الاستئناف، ويكون الحكم الأول على درجة من الوضوح بحيث ترى محكمة الاستئناف أن الطاعنين أرادوا فقط الإفادة من عنصر الزمن التي يتيحها الاستئناف، ويؤخر تنفيذ الحكم فيها، فجعل المشرع المصري للمحكمة بسلطتها التقديرية أن تحكم بالتعويض المناسب في مثل تلك الحالات.

الفرع الثالث: أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف للحكم

تقرر آنفا أن المسألة ليست موجودة في الفقه الإسلامي قبل مجلة الأحكام العدلية - بحسب اطلاع الباحث - وأن الآراء المتاحة إنما وجدت حصرا في ثلاثة نظم إسلامية، والمصدر الرابع محل الدراسة والمقارنة هو قانون المرافعات المصري، وبيان ما ذهب إليه كلٌ كالآتي:

أولا: أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف للحكم في القانون العثماني:

نصت المجلة على احتمالين لا ثالث لهما، حين نظر دائرة الفتوى، أو مجلس التدقيقات الشرعية في طلب التمييز، وهما: التصديق، أو النقض، وقد تم فيما سبق دراسة حالة التصديق - أي التأييد - وآثارها.

أما الاحتمال الثاني، وهو أن ترى دائرة الفتوى، أو مجلس التدقيقات الشرعية أن الحكم معيب، غير خال من الخلل، فتنقضه، ويترتب على نقضه إعادته إلى المحكمة، حيث ورد في المجلة أنه: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق، وإلا ينقض»[٢]، وورد في شرح هذه المادة أنه: «إذا كان غير موافق للشرع فينقض، ويحرر على الإعلام حينا عبارة: أن صكه وسبكه، أي إن الحكم الشرعي الصادر غير موافق لمسألته الشرعية نظرا للإعلام، أو يحرر أن الحكم غير خال من الخلل، أي بدون تفصيل، وبيان أسباب الخلل، ويبين أحيانا أسباب الخلل والنقض، ويختم هذا الشرح بالختم المذكور، ويعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم لرؤية الدعوى مرة أخرى»[٣].

غير أن لائحة التعليمات السنية الصادرة في ٢ محرم ١٣٠٠هـ لم تقل ما أجمله الشارح من أن الحكم المنقوض يعاد إلى المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم، وإنما فصلت حسب القيمة المالية

---

(١) م٢٣٥ مرافعات مصري.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: م١٨٣٩ ص٣٧٤؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٦٩١.

للمحكوم به، فبينت أنه: «إذا كانت قيمتها خمسة آلاف قرش، أو أقل من ذلك فترى في المحكمة الأولى التي حكمت في الدعوى»[(١)]، ونصت اللائحة بشأن القيم الأعلى من خمسة آلاف قرش فقالت: «وأما دعاوى الدين، وغيره التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف قرش، والدعاوى التي لها أهمية كدعاوى النكاح والطلاق إذا رئيت بداية في محكمة القضاء فترى استئنافا في محكمة اللواء الشرعية، وإذا فصلت بداية في محكمة اللواء الشرعية تفصل استئنافا في محكمة الولاية الشرعية، وإذا حكم بداية فيها من محكمة الولاية الشرعية فترى استئنافا في أقرب محكمة ولاية شرعية، وإذا رئيت بداية في محكمة ولاية شرعية مجاورة للآستانة ترى لدى قاضي العسكر»[(٢)].

إلا أن اللائحة عادت واستثنت حالة اتفاق الخصمين في الدعاوى التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف قرش، ورضاهما على أن ترى الدعوى استئنافا في المحكمة الأولى فلهما ذلك[(٣)].

غير أن أيا من المجلة، أو اللائحة، أو الشارح لم يفصل حالة ما إذا كان طلب التمييز سببه عدم الاختصاص، فقد يكون الحكم في ذاته صحيحا، ولكنه صدر من محكمة غير مختصة، فهنا القياس على ما قررته المجلة، وقرره الشارح[(٤)] يقتضي إعادة القضية إلى المحكمة المختصة، وقد تقرر أن مجلة الأحكام العدلية تعد القاضي غير المختص معزولا عن الحكم في القضية التي لا يكون مختصا بنظرها، ولكن ربما تعتبر هذه ثغرة في القانون العثماني؛ لأنه ربما تحكم دائرة الفتوى بتأييد الحكم بالنظر إلى أصوله المشروعة فقط، وقد يحكم مجلس التدقيقات الشرعية كذلك بتأييده، وهو بعدُ يعد حكما منقوضا لصدوره من محكمة غير مختصة.

ثانيا: أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف للحكم في نظام المرافعات السعودي القديم:

في نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم تفاصيل كثيرة لحالات عدم تأييد محكمة التمييز للحكم القضائي المعترض أمامها بشأنه، فهي أول الأمر تعد قرارا بملحوظاتها المؤثرة في الحكم، وتبعث بذلك القرار إلى القاضي مصدر الحكم، فإن اقتنع برأي محكمة التمييز عرض ذلك على الخصوم، وسمع أقوالهم، وأصدر حكمه المعدل، وكان حكمه الجديد عرضة للاعتراض بالتمييز[(٥)].

أما إن لم يقتنع القاضي، وأصر على حكمه، فإنه يدون ذلك مع رده على الملحوظات في ملف ضبط القضية، ويرسله إلى محكمة التمييز، فإن اقتنعت برده أيدت الحكم، وترتبت آثار ذلك التأييد

---

(١) السابق: ج٤/ص٦٩٢.

(٢) السابق: الصفحة نفسها.

(٣) انظر: السابق: الصفحة نفسها.

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية: م١٨٠١ ص٣٦٧؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ج٤/ص٥٩٧ - ج٤/ص٦٠٠.

(٥) انظر: م١٨٧ مرافعات سعودي قديم؛ الكاشف: ج٢/ص٢٤١؛ المبسط: ص٣٠٨؛ المرجع: ص٤٨٦ - ٤٨٧.

بحسب ما تقرر آنفا[١].

أما إذا لم تقتنع المحكمة بردود القاضي على ملحوظاتها نقضت الحكم جزئيا أو كليا، وأحالت القضية إلى قاض آخر[٢].

غير أن النظام وضع حدا لاحتمال تسلسل تعديل الحكم من القاضي الأول، ثم الاعتراض عليه بالتمييز، بأمرين:

١- أجاز لمحكمة التمييز أن تحكم بنفسها في الموضوع دون أن ترده إلى قاض آخر إن كان الموضوع صالحا بحالته للحكم فيه، واستدعت ظروف القضية سرعة الإجراء.

٢- أوجب النظام على محكمة التمييز أن تحكم في القضية إذا كان الاعتراض للمرة الثانية[٣].

جدير بالذكر أن النظام أوجب على المحكمة أن تقتصر على بحث مسألة الاختصاص إذا كان الاعتراض على الحكم لمخالفته الاختصاص، فهنا يكون حكم محكمة التمييز إما تأييد الحكم ورفض الاعتراض بعدم الاختصاص، أو قبول الاعتراض بعدم الاختصاص، والحكم بإحالة القضية إلى المحكمة المختصة[٤].

ثالثا: أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف للحكم في نظام المرافعات السعودي الجديد:

شكل الاستئناف السعودي الذي جاء به نظام المرافعات الجديد طفرة كبيرة في باب التقاضي على درجتين، فهو من ناحية - كما تقرر آنفا - يستخدم للمرة الأولى مصطلح محاكم أول درجة، مما يعني أنه يصرح بتفعيل نظام التقاضي على درجتين، ومن ناحية أخرى - كما تقدم - يعطي محكمة الاستئناف سلطة تقديرية غير مقيدة في نظر ما تراه أهلا للنظر مرافعة من القضايا، ومن ناحية ثالثة أنه - في حالة نقض محكمة الاستئناف للحكم - أعطاها حق الفصل في موضوعها، ويكون حكمها قطعيا، فقد جاء في المشروع: «... وإذا نقضت الحكم كليا أو جزئيا، فعليها أن تحكم فيما نقض بعد سماع أقوال الخصوم»[٥].

فلم تعد محكمة الاستئناف في الفكر الفقهي السعودي مجرد وسيلة للرقابة على تطبيق الشريعة، ولم يعد سلطانها يقتصر على التأييد أو النقض، ولم تعد ترد القضية المنقوض حكمها إلى محاكم الدرجة الأولى، بل أصبحت تحكم في الموضوع الذي نقضت حكمه، وأصبحت في التأييد لا تتقيد بموافقة

---

(١) انظر: م١٨٧-١٨٨ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٤١-٢٥٥، المبسط: ص٣١٠، المرجع: ص٤٨٦-٤٨٧.

(٢) انظر: م ١٨٨ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٤٤، المبسط: ص٣١٠، المرجع: ص٤٨٦-٤٨٧.

(٣) انظر: م ١٨٨ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٤٤، المبسط: ص٣١٠، المرجع: ص٤٨٦-٤٨٧.

(٤) انظر: م١٨٦ مرافعات سعودي قديم، الكاشف: ج٢/ص٢٣٩، المبسط: ص٣٠٦، المرجع: ص٤٨٦.

(٥) انظر: م١٩١ مرافعات سعودي جديد.

الحكم الأول للشريعة حسب فهم القاضي الأول – في حالة نظرها مرافعة، بل تملك حق إعمال فهمها هي، وترجيحها هي للحكم الشرعي المتعلق بالموضوع.

ويبدو أن إعطاء السلطة التقديرية المطلقة لمحكمة الاستئناف تأثر بالاستئناف في النظم الوضعية؛ حيث إن هذا الأمر يخالف ما تبين سابقا من أن الحكم الذي صدر محتملا للصحة لا ينقض، ولابد أن تتقيد سلطة أي محكمة تالية بذلك؛ لذا تقترح الدراسة بالقائمين على سن الأنظمة السعودية أن يعدلوا ذلك، لما تقرر من رجحان عدم النقض في الاجتهاديات، وحكاية الإجماع على ذلك[١]، مما يعني أن حكم قاضي أول درجة ينفذ طالما خلا من الناقض المخالف للمجمع عليه.

غير أن ثمة استثناء من نظر المحكمة في الموضوع الذي نقضت حكمه، وهو كون النقض بسبب عدم الاختصاص، أو كون محكمة الاستئناف قد قبلت دفعا فرعيا يترتب عليه منع الاستمرار في نظر الدعوى، فمحكمة الاستئناف في هاتين الحالتين تقرر المحكمة المختصة بنظر الدعوى، فينبغي أن تعيد القضية لتلك المحكمة، حيث تنص المادة على أنه: «إذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر في موضوعها»[٢].

رابعا: أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف للحكم في قانون المرافعات اليمني والسوداني:

نص قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات المدنية السوداني على أن محكمة الاستئناف إن لم تؤيد الحكم فإنها تملك تعديله، أو إلغاءه، أو إصدار حكم آخر في موضوعه، أو إحالة الموضوع لمحكمة أول درجة، وتركت القرار في ذلك كله لتقدير المحكمة[٣].

خامسا: أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف للحكم في قانون المرفعات المصري:

محكمة الاستئناف المصرية هي محكمة موضوع، وللاستئناف أثر يسمى «الأثر الناقل» للموضوع بحالته التي كان عليها قبل صدور الحكم إلى محكمة الاستئناف، وقد بين ذلك قانون المرافعات المصري الذي نص على أن: «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف

---

(١) انظر: الإحكام للقرافي ص٤١-٤٢؛ شرح الكوكب المنير: ج١/ص٦١٢؛ الشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد بن صالح العثيمين (ت١٤٢١هـ)، الرياض، دار بن الجوزي، ط١، ١٤٢٧هـ: ج١٢/ص٣١٨.

(٢) انظر: م١٩٢ مرافعات سعودي جديد.

(٣) انظر: ٢٨٨ مرافعات يمني؛ م١٨٧/١ إجراءات مدنية سوداني.

بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط»(١)، ومعنى هذا أن محكمة الاستئناف تعيد نظر الموضوع منذ البدء، كأنها تنظره لأول مرة، بمعنى أنها لا تتقيد بحكم محكمة أول درجة، وإن كانت تنظر إليه وإلى حيثياته بعين الاعتبار، ولكن لها وحدها السلطة التقديرية.

ومن هنا أوجب عليها القانون أن: «تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة، ودفوع، وأوجه دفاع جديدة، وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى»(٢).

ومن هنا أيضا كان لزاما عليها أن تحكم في موضوع القضية التي ألغت فيها الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى، ويحوز حكمها القوة بحيث لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف، فأحكام الاستئناف لا تستأنف(٣).

غير أن هناك استثناء من حالة حكمها في القضية بعد إلغاء الحكم الأول، وهي حالة كون الحكم الأول في طلب أصلي، تسبب في ترك الطلبات الاحتياطية، فعندما تلغي محكمة الاستئناف الطلب الأصلي يجب أن يعاد النظر في الطلبات الاحتياطية التي طلبها الخصم، ومن هنا نص قانون المرافعات على أنه: «يجب على المحكمة إذا ألغت الحكم الصادر فى الطلب الأصلى أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فى الطلبات الاحتياطية»(٤).

وهنا قد يتبادر سؤال: لماذا لم تحكم محكمة الاستئناف – وهي بعد محكمة موضوع – في الطلبات الاحتياطية بعد أن ألغت الحكم الصادر في الطلب الأصلي؟

والجواب عن ذلك: أنها محكمة موضوع، لكنها محكمة درجة ثانية، أي فلسفتها تقوم على نظر ما تم نظره من قبل في محاكم الدرجة الأولى، وهذا من باب تحقيق درجة أكبر من الاستيثاق في تحقيق العدالة، وبالتالي لم يكن من حقها أن تحكم في طلبات لم تأخذ دورها في النظر في محاكم الدرجة الأولى، كالطلبات الاحتياطية التي أغنى الحكم في الطلب الأصلي عن النظر فيها، وكالطلبات الجديدة التي يطرحها المستأنف للمرة الأولى على محكمة الاستئناف، حيث نص القانون على أنه: «لاتقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها»(٥).

---

(١) م٢٣٢ مرافعات مصري.

(٢) السابق: م٢٣٣.

(٣) انظر: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية: ص٩٢٤، أحمد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات: ص٨٩٨ بند٥١١.

(٤) م٢٣٤ مرافعات مصري.

(٥) السابق: م٢٣٥.

المطلب الثالث

المقارنة والترجيح

أولا: أوجه الاتفاق

- اتفقت النظم الإسلامية، وقانون المرافعات المصري على أن إجراءات الطعن بطريق التمييز أو الاستئناف ترفع بصحيفة، أو عريضة تشتمل على البيانات المهمة للجهة المنصوص عليها، في المدة المقررة.
- واتفقوا على وقف التنفيذ حتى يتم الفصل في الاستئناف.
- واتفقوا على أن الأصل اكتساب الحكم النهائية، والقوة التنفيذية بعد تأييد الحكم في الاستئناف.
- واتفقوا على أن مجرد رفع الطعن بالاستئناف لا أثر له في نفاذ الحكم أو عدم نفاذه.
- واتفقوا على أن تأييد الحكم من محكمة الاستئناف يؤدي إلى اكتساب الحكم للقوة التنفيذية، وعدم إمكان الطعن عليه بنفس الطريق لنفس السبب.

ثانيا: أوجه الاختلاف

أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف لحكم أول درجة:

١- النظم الإسلامية:

- أثر عدم تصديق الحكم من قِبل هيئتي التمييز العثمانيتين أنه يعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم - أو غيرها بحسب تفاصيل مبينة - لرؤية القضية استئنافا، بمعنى أن هيئتي التمييز ليس لهما صلاحية الحكم في الموضوع.
- وأثر عدم تأييد محكمة التمييز في النظام السعودي القديم للحكم المطعون فيه أمامها هو أن تعد قرارا بملحوظاتها المؤثرة في الحكم، وتبعث بذلك القرار إلى القاضي مصدر الحكم، فإن اقتنع برأي أصدر حكمه المعدل، وكان حكمه الجديد عرضة للتمييز، أما إن لم يقتنع القاضي، وأصر على حكمه، فإما أن يقنع محكمة التمييز بوجهة نظره، وإما ألا يستطيع، فإن اقتنعت المحكمة صدقت على حكمه، وإلا نقضته، وأحالت القضية إلى قاض آخر، واستثناء من ذلك يجوز لمحكمة التمييز أن تحكم بنفسها في الموضوع إن كان صالحا للحكم فيه، واستدعت الظروف سرعة الإجراء، ويجب على المحكمة الحكم إذا كان الاعتراض للمرة الثانية.

- وأثر عدم تأييد محكمة الاستئناف السعودية في النظام الجديد لحكم أول درجة هو أن تنظر هي في موضوعه إلا في حالتين، أولاهما إن ألغت حكم محكمة الدرجة الأولى لعدم الاختصاص، والثانية عند قبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، ففي هاتين الحالتين وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر في موضوعها.
- محكمة الاستئناف في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وقانون الإجراءات المدنية السوداني أعطى لهما القانون سلطة تقرير ما ينبغي عند إلغاء حكم أول درجة، فهي التي تقرر إصدار حكم آخر في موضوعه، أو إحالة الموضوع إلى محكمة أول درجة.

٢- **قانون المرافعات المصري:**

أثر عدم تأييد محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيها أمامها هو أن تحكم هي في الموضوع، باستثناء حالتين، الأولى كون حكم أول درجة الملغى كان مبنيا على طلب أصلي تسبب في ترك الطلبات الاحتياطية، فتحكم بإعادة القضية لمحكمة أول درجة لتفصل في الطلبات الاحتياطية، والحالة الثانية إلغاء الحكم لعدم الاختصاص فتحيله إلى المحكمة المختصة.

الراجح:

رغم أن أمر تخصيص الفصل في القضية بعد إلغاء محكمة الاستئناف للحكم الصادر فيها أولا هو أمر يخضع للإباحة العامة لجواز تخصيص القضاء بالمكان والقيمة والنوع - أقول برغم ذلك فإنه يترجح أن يكون الأصل هو أن تحكم محكمة الاستئناف في موضوع ما ألغت من أحكام، مع استثناء حالات مثل الاختصاص، وامتناع سير الدعوى، أو عدم النظر في طلبات احتياطية، وهو ما نص عليه بوضوح القانون المصري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد.

خاتمة البحث

وتشتمل على ما يأتي:

- أولا: النتائج
- ثانيا: التوصيات
- ثالثا: المقترحات.

أولا: النتائج

١- أن النظام القضائي الإسلامي المستند إلى القانون لا يحتاج للكشف عن حال القضاة المقلدين، أو تعقب أحكامهم؛ لأن عمل القضاة في هذا النظام لابد أن يقتصر على تطبيق القانون الإسلامي المفروض من السلطة التشريعية، فليس مطلوبا أن يكون مجتهدًا، على أن يُسعى إلى أن يكون هناك لفيف من المجتهدين في الهيئة التشريعية.

٢- أن القانون الوضعي يرتب أثرًا على الحكم في الطعن بالنقض هو بتية الحكم الصادر من محكمة النقض سواء بالقبول أو بالرفض، في حين أن الفقه الإسلامي – بحسب اطلاع الباحث – يرفض مفهوم البتية لأي حكم بشري، بمعنى أن الحكم المخالف للشريعة قد عده الفقهاء باطلا، وضلالًا، وظلمًا تجب إزالته، وبالتالي لا يجوز للدولة الإسلامية تطبيق أي تشريع يحصن تلك المخالفة من الطعن بالنقض، ولا يحدد وقتا للطعن فيه، ولا يقال للمحكمة التي أصدرته إن أحكامها لا يطعن فيها بأي سبيل.

٣- أن مشروعية التماس إعادة النظر ثابتة في الفقه الإسلامي المتعلق بالنظام القضائي بشقيه، الترجيحي والقانوني، أما الفقه القضائي الترجيحي فقد عدها ضمن نقض الحكم الخطأ من حيث سببه أو طريقه، وسمى الطعن بطريقها الدفع بعد الحكم، أما نظم القضاء الإسلامية القانونية فقد وجد أيضا فيها التماس إعادة النظر بمفهومه ولفظه.

٤- أنه إذا كان المناسب للقضاء الترجيحي القديم ترك تحديد أسباب التماس إعادة النظر لترجيح لقضاة، فإن النظم القانونية الإسلامية المعاصرة قد أخذت بمبدأ الحصر لتلك الأسباب، وذلك على تفاوت بينها في درجة ذلك الحصر.

٥- أن قانون المرافعات المصري، وكذا قانون الإجراءات المدنية السوداني، وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني قد ضيقوا حيز الطعن بالمعارضة في المعاملات المدنية والتجارية، وأجازوا الحكم على الغائب دون إتاحة المعارضة له، وأنهم ربما كانوا مدفوعين في ذلك باعتبارات عملية في الحد من إطالة أمد المنازعات، أو ربما تراءى لمشرعيهم أن في صور الطعن الأخرى مندوحة، وقد أثبتت الدراسة كون كل ذلك لا ينتهض مبررا لإلغاء حق الغائب غير المستدل عليه أن يطعن في الحكم الصادر ضده لغيبته.

٦- أن الاستئناف يجوز شرعا بالاستناد إلى حديث الزُّبية، وإلى عدم صحة الاستدلال بإجماع الصحابة على تحريمه، فإجماع الصحابة إنما كان على عدم جواز النقض في الخلافيات، وهو أمر مختلف تمامًا عن الاستئناف.

٧- أن الاستئناف وفق القواعد الإسلامية هو أقرب إلى تحقيق المزايا وتلافي العيوب، وهذا الاستئناف تمارس فيه المحكمة الاستئنافية سلطانها في تصحيح الحكم الذي فيه خطأ بيّن، ومخالفة جلية للمقنن من أحكام الشريعة وقواعدها، أما ما سوى ذلك من الأخطاء المحتملة للصواب فلا تملك محكمة الاستئناف إلا أن تثبته وتقره، وهذا النظام كان مطبقا في كل من التمييز العثماني، والتمييز السعودي السابق، وجزء من الاستئناف السعودي الحالي، وهو بخلاف الاستئناف في القانون المصري حيث يكون لمحكمة الاستئناف السلطان الكامل على الموضوع.

٨- أن الفقه الإسلامي يعد أكثر رعاية للأيتام، والمجانين، والمعتوهين، ومن في حكمهم؛ إذ يقرر الاستئناف الوجوبي من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم على أموال تتعلق بهم، ويقرر بطلان الحكم أو عدم نفاذه في قبل صدور الحكم في ذلك الاستئناف الوجوبي، في حين أن القانون المصري تمسك باعتبار المصلحة كصفة ضرورية في الطاعن بالاستئناف، وجعل طعن النيابة العامة في حق عديمي الأهلية جوازيًّا.

٩- أن النظم الإسلامية المعاصرة ظلت وفية لفكرة احترام وجهة نظر القاضي الأول، طالما كان رأيا شرعيا معتبرا تحتمله الأدلة بوجه من وجوه الدلالة، وهي فكرة أطال الفقهاء المسلمون في شرحها، من عصر الصحابة رضوان الله عليهم، مرورا بكبار الفقهاء، وأسست لها مجلة الأحكام العدلية بمادة من موادها، وعلى نفس النهج سارت محكمة التمييز السعودية، غير أن النظام السعودي في نسخته الجديدة قد طور هذه المسألة بشكل مغاير، وجعل في سلطة محكمة الاستئناف إمكان نظر الحكم مرافعة، وإن فعلت ذلك استطاعت أن تنقض الحكم الأول أو تغيره، رغم كونه موافقا للأصول الشرعية؛ لأن نص المادة لا يُلزمها بموافقة الحكم الأول للأصول الشرعية، إلا إن نظرت فيه تدقيقا دون مرافعة.

١٠- أن الشريعة الإسلامية تفردت عن النظم الوضعية بأن رتبت الحرمة الدينية على من يرفع طعنا في حكم قضائي، وهو عالم بصحته، فأوجبت الرضا بذلك الحكم، والتسليم القلبي له، وجعلت ذلك من مقتضيات الإيمان ولوازمه، وهذا الأثر الأخروي للطعن على الأحكام لا يوجد في النظم الوضعية، لاسيما المأخوذة من دول الغرب التي فصلت - بحسم وإصرار - النواحي الدينية عن الأمور السياسية، والتشريعيات الدنيوية، وكان لذلك أثر بالغ في تقليل التداعي أمام محاكم الطعن بطرقه المختلفة، وهي مطلب تصبو إليه النظم القانونية والتشريعية.

ثانيا: التوصيات

١- توصي الدراسة المسلمين - لاسيما المفكرين والساسة - بالعمل على وضع القضاء الشرعي الإسلامي موضع التطبيق؛ فهو أولًا شرع الله الواجب التطبيق، وثانيًا لأنه يمتلك بالفعل أرقى فكر تشريعي وأعمقه، وأيسره على الراعي والرعية، وأقربه إلى تحقيق أفضل النتائج.

٢- توصي الدراسة غير المسلمين من باحثين وساسة سواء في دول الغرب أو الشرق، أن يُقبلوا على دراسة الفقه الإسلامي، وما فيه من كنوز، وأن يتجردوا من كل تعصب، ويقرأوا مخرجاته بحياد، فهو بحق يمتلك الحلول لكثير من المشكلات التي ما تزال شعوبهم تعاني منها.

٣- أن تؤخذ بعين الاعتبار مقترحات هذا البحث، وتدرس أدلتها ومبرراتها بعناية، فإن اقتنع بها رجالات التشريع فهي الأحرى بالتطبيق.

ثالثا: المقترحات

نظرا لأن الدراسة في البحث هي دراسة فقهية قانونية، فقد تراءى للباحث أن يقدم مقترحاته التفصيلية في صورة تعديلات مقترحة على نصوص القوانين التي كانت محل للدراسة المقارنة، فهذا يجعلها أكثر عملية.

ففي الصفحات الآتية ملاحق بالتعديلات المقترحة على نصوص القوانين التي درست في هذا البحث، وذلك على النحو الآتي:

- ملحق (ا) التعديلات المقترحة على نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) في ١٤٣٥/١/٢٢هـ الموافق ٢٠١٣/١١/٢٥م
- ملحق رقم (٢) التعديلات المقترحة على قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م
- ملحق رقم (٣) التعديلات المقترحة على قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م
- ملحق رقم (٤) التعديلات المقترحة على قانون المرافعات المصري رقم رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م والمعدل بقانون رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٧م.

وقد روعي فيها ذكر المادة المراد تعديلها، أو جزئها، وذكر التعديل المقترح، وتبرير ذلك، وذكر ما يؤيد التعديل من الفقه، أو بعضه الذي يقول بالرأي المقترح، أو يؤيده، والنظم القانونية التي تطبقه حاليا أو سابقا.

ملاحق

وتشتمل على ما يأتي:

- ملحق (١): أبرز التعديلات المقترحة في نظام المرافعات الشرعية السعودي
- ملحق (٢): أبرز التعديلات المقترحة في قانون المرافعات اليمني
- ملحق (٣): أبرز التعديلات المقترحة في قانون المرافعات السوداني
- ملحق (٤): أبرز التعديلات المقترحة في قانون المرافعات المصري.

ملحق (١): أبرز التعديلات المقترحة في نظام المرافعات الشرعية السعودي

م	نص المادة أو جزئها	التعديل المقترح	مبرر التعديل	الفقه والنظم التي تؤيد اقتراح التعديل
١٧٧م	لا يجوز أن يعترض على الحكم إلا المحكوم عليه، أو من قضي له بكل طلباته، ما لم ينص النظام على غير ذلك	• النص على حق رئيس القضاة أو غيره من الحكام في التصفح والاعتراض على أي حكم يراه وإن لم يطعن الخصوم. • جعْل ذلك وجوبيا • جعل نفاذه في حقوق العباد لا يتم إلا بمطالبة من المحكوم له، وفي حقوق الله بدون مطالبة. فيكون النقض في حالة عدم المطالبة هو نظري للتوثيق والحفظ. • الطعن هنا ينبغي ألا يقيد بمدة.	لأنها من واجبات الحاكم في الشريعة، ولأن فيه إعادة النص على إتاحة الطعن لرئيس القضاة أو غيره، إذا كان في الحكم مخالفة شرعية سكت عن الطعن فيها الخصوم، والنقض هنا يكون في حق الله تعالى.	• قول العلماء فيما إذا وجد الحاكم حكما منتقضا – بتصفح أو بغير تصفح – وجب عيه نقضه • لائحة تعليمات تمييز الأحكام الشرعية بالمملكة الصادرة في ١٣٨٦/١١/٢٥هـ م٤ • قانون المرافعات اليمني م٢٩٣ • قانون المرافعات السوداني م١٩٧ • قانون المرافعات المصري م٢٥٠
١/١٨٥م	جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تكون قابلة للاستئناف، باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها مجلس القضاء الأعلى	حذف استثناء الدعاوى اليسيرة.	في اشتراط النصاب الابتدائي شبهة عدم رعاية لمحدودي الثروة.	• مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٩ • قانون المرافعات السوداني ١٧٢
١٩١م	إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية أيدته...	جعل ذلك في الدعاوى التي تنظرها تدقيقا أو مرافعة، أي تتقيد المحكمة في الحالتين بموافقة منطوق الحكم الأول للأصول الشرعية.	في عدم تقييد سلطة المحكم بالقيد المذكور يمكن أن يهدر حكم صحيح نافذ لمجرد اختلاف فقهي بين محكمة الاستئناف والمحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف.	• جمهور العلماء، وقيل الإجماع • مجلة الأحكام العدلية ١٨٣٩ • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق

ملحق (٢): أبرز التعديلات المقترحة في قانون المرافعات اليمني

م	نص المادة أو جزؤها	التعديل المقترح	مبرر التعديل	الفقه والنظم التي تؤيد اقتراح التعديل
٢٩٣م	لرئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يطلب من رئيس المحكمة العليا إعادة النظر في أي حكم بات يرى أنه يشتمل على خطأ يضر بالعدل مع تبيين وجه الخطأ.	• جعل طعنه واجبا – إن رأى في الحكم مخالفة – لا جائزا. • جعل الخصوم لا يفيدون من الطعن إلا إن طالبوا بذلك في حقهم، وإن كان الحكم حقا لله تعالى ينفذ بغير مطالبتهم.	حتى لا يكون ثمة احتمال لاستقرار حكم ينطوي على مخالفة شرعية.	• قول كثير من العلماء فيما إذا وجد الحاكم حكما منتقضا – بتصفح أو بغير تصفح – وجب عيه نقضه • جمهور الشافعية والحنابلة يشترطون مطالبة صاحب الحق فيما هو من حقه.
-	-	• الطعن في الحكم الغيابي بالتماس إعادة النظر • وجعل الحكم الغيابي هو ما صدر في حق من أعلن صحيحا لشخصه أو كيله أو من حضر أي جلسة قبل قفل باب المرافعة أو من قدم مذكرة بدفاعه.	لأن الغائب إن جاز الحكم عليه يجب أن تترك له حجة عند ظهوره، وهذه لا يغني عنها الاستئناف ولا النقض.	• جمهور الفقهاء • مجلة الأحكام العدلية ١٨٣٣م-١٨٤٠ • نظام المرافعات السعودي القديم ١٩٢م • نظام المرافعات السعودي الجديد ٢٠٠م
٢٨٤م	للخصوم أن يستأنفوا أحكام المحاكم الابتدائية أمام محاكم الإستئناف...	النص على الاستئناف الوجوبي في حالة كون المدعى به مال يخص القُصر أو المجانين أو المؤسسات العامة أو من في حكمهم.	في عدم إيجاب ذلك شبهة عدم رعاية مَن يلزم تدخلُ الدولة لرعايتهم.	• مجلة الأحكام العدلية ١٨٣٩م • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق • نظام المرافعات السعودي الجديد ١٩١م
٨٦م	يكون الحكم الابتدائي غير قابل للاستئناف في الأحوال الآتية ...	إتاحة الاستئناف في الدعاوى ذوات القيم اليسيرة.	في اشتراط النصاب الابتدائي شبهة عدم الرعاية لمحدودي الثروة.	• مجلة الأحكام العدلية ١٨٣٩م • قانون المرافعات السوداني ١٧٢
٢٨٨م	يطرح الإستئناف للقضية المحكوم فيها أمام محكمة الإستئناف للفصل فيها ...	جعل المحكمة تتقيد بموافقة منطوق الحكم الأول للأصول الشرعية.	في عدم تقييد سلطة المحكمة بالقيد المذكور يمكن أن يُهدر حكم صحيح نافذ لمجرد اختلاف فقهي بين محكمة الاستئناف والمحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف.	• جمهور العلماء، وقيل الإجماع • مجلة الأحكام العدلية ١٨٣٩ • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق • نظام المرافعات الحالي عند نظر القضية تدقيقا

ملحق (٣): أبرز التعديلات المقترحة في قانون المرافعات السوداني

م	نص المادة أو جزئها	التعديل المقترح	مبرر التعديل	الفقه والنظم التي تؤيد اقتراح التعديل
١٩٧م	لا تخضع أحكام المحكمة القومية العليا للمراجعة على أنه يجوز لرئيسها أن يشكل دائرة تتكون من خمسة من قضاتها لمراجعة أي حكم صادر منها موضوعيا إذا تبين له إن ذلك الحكم ربما إنطوى على مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية... ميعاد المراجعة ستون يوم...	• جعل ذلك وجوبيا على رئيس المحكمة القومية العليا • جعل الحكم لا ينفذ في حق الخصوم إلا بمطالبتهم • عدم تقييد ذلك بميعاد.	حتى لا يكون ثمة احتمال لاستقرار حكم ينطوي على مخالفة شرعية.	• قول كثير من العلماء فيما إذا وجد الحاكم حكما منتقضا – بتصفح أو بغير تصفح – وجب عيه نقضه • جمهور الشافعية والحنابلة يشترطون مطالبة صاحب الحق فيما هو من حقه.
-	-	• الطعن في الحكم الغيابي بالتماس إعادة النظر • وجعل الحكم الغيابي هو ما صدر في حق من أعلن صحيحا لشخصه أو كيله أو من حضر أي جلسة قبل قفل باب المرافعة أو من قدم مذكرة بدفاعه.	لأن الغائب إن جاز الحكم عليه يجب أن تترك له حجة عند ظهوره، وهذه لا يغني عنها الاستئناف ولا النقض.	• جمهور الفقهاء • مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٣-١٨٤٠ • نظام المرافعات السعودي القديم م١٩٢ • نظام المرافعات السعودي الجديد م٢٠٠
١٥٧م	لا يجوز الطعن في الأحكام والأوامر إلا من المحكوم عليه ولا يجوز ممن قبل الحكم أو ممن قضي له بكل طلباته.	النص على الاستئناف الوجوبي في حالة كون المدعى به مال يخص القُصر أو المجانين أو المؤسسات العامة أو من في حكمهم.	في عدم إيجاب ذلك شبهة عدم رعاية مَن يلزم تدخلُ الدولة لرعايتهم.	• مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٩ • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق • نظام المرافعات السعودي الجديد م١٩١
١٨٧م	للمحكمة المختصة بنظر الاستئناف الصلاحيات الآتية...	جعل المحكمة تتقيد بموافقة منطوق الحكم الأول للأصول الشرعية.	في عدم تقييد سلطة المحكم بالقيد المذكور يمكن أن يُهدر حكم صحيح نافذ لمجرد اختلاف فقهي بين محكمة الاستئناف والمحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف.	• جمهور العلماء، وقيل الإجماع • مجلة الأحكام العدلية ١٨٣٩ • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق • نظام المرافعات الحالي عند نظر القضية تدقيقا

ملحق (٤): أبرز التعديلات المقترحة في قانون المرافعات المصري

م	نص المادة أو جزئها	التعديل المقترح	مبرر التعديل	الفقه والنظم التي تؤيد اقتراح التعديل
٢٥٠م	«للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية... ولايفيد الخصوم من هذا الطعن»	• جعل طعن النائب العام لمصلحة الشريعة واجبا – إن رأى مخالفة – لا جائزا • لا يمنع الخصوم من الإفادة إن طالبوا بذلك في حقهم، وإن كان الحكم حقا لله تعالى نفذ بغير مطالبتهم • عدم تقيده بميعاد للطعن • وجعل الطعن أيضا في أي حكم بات.	حتى لا يكون ثمة احتمال لاستقرار حكم ينطوي على مخالفة شرعية.	• قول العلماء فيما إذا وجد الحاكم حكما منتقضا – بتصفح أو بغير تصفح – وجب عيه نقضه • رأي أ.د نصر فريد، أ.د رأفت عثمان من المعاصرين • لائحة تعليمات تمييز الأحكام الشرعية بالمملكة الصادرة في ١٣٨٦/١١/٢٥هـ م٤ • قانون المرافعات اليمني م٢٩٣ • قانون المرافعات السوداني م١٩٧
٢٤٧م	الحكم الذى يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذى يصدر فى موضوع الدعوى بعد قبوله لايجوز الطعن فى أيهما بالالتماس	السماح بالالتماس إذا كان لسبب جديد.	لإتاحة الطعن للذي تعرض لأكثر من سبب من أسبابه.	• نظام المرافعات السعودي م٢٠٤/٢ • قانون المرافعات الفرنسي م٦٠٣
٢١٩م	للخصوم... أن يستأنفوا أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة فى اختصاصها الإبتدائى	إتاحة الاستئناف في الدعوى ذوات القيم اليسيرة.	في اشتراط النصاب الابتدائي شبهة عدم رعاية لمحدودي الثروة.	• مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٩ • قانون المرافعات السوداني ١٧٢
٢١٩م	للخصوم... أن يستأنفوا أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة فى اختصاصها الإبتدائى	النص على الاستئناف الوجوبي في حالة كون المدعى به مال يخص القُصر أو المجانين أو المؤسسات العامة أو من في حكمهم.	في عدم إيجاب ذلك شبهة عدم رعاية مَن يلزم تدخلُ الدولة لرعايتهم.	• مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٩ • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق • نظام المرافعات السعودي الجديد م١٩١
٢٣٢م	الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف...	جعل المحكمة تتقيد بموافقة منطوق الحكم الأول للأصول الشرعية.	في عدم تقييد سلطة المحكم بالقيد المذكور يمكن أن يُهدر حكم صحيح نافذ لمجرد اختلاف فقهي بين محكمة الاستئناف والمحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف.	• جمهور العلماء، وقيل الإجماع • مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٩ • نظام المرافعات الشرعية السعودي السابق م١٨٥ • نظام المرافعات السعودي الجديد ١٩١عند نظر القضية تدقيقا
-	-	الطعن في الحكم الغيابي بالتماس إعادة النظر	لأن الغائب إن جاز الحكم عليه يجب أن تترك له حجة عند ظهوره، وهذه لا يغني عنها الاستئناف ولا النقض.	• جمهور الفقهاء • مجلة الأحكام العدلية م١٨٣٣-١٨٤٠ • نظام المرافعات السعودي القديم م١٩٢ • نظام المرافعات السعودي الجديد م٢٠٠.

الفهارس

وتشتمل على الآتي:

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس الأعلام
- فهرس المصطلحات
- فهارس الأحكام القضائية
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات

الآية أو بعضها	السورة	الآية	الصفحة
﴿وَإِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا۟ بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِۦ...﴾	البقرة	٢٣	٢٣٢
﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا...﴾	البقرة	٢٢٤	٢٣١
﴿وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ...﴾	البقرة	٢٢٨	٧٤
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ...﴾	النساء	٦٥	١٣، ١٤، ١٧، ١٨
﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ ...﴾	النساء	٥٩	٣٠، ٣٢
﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ...﴾	النساء	١٠٥	٣١
﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا...﴾	المائدة	٤٨	٢٩٩
﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ...﴾	المائدة	٤٩	٤٢، ٢٤٧
﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ...﴾	الأنعام	١٢١	١٠٢
﴿لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلْخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ...﴾	الأنفال	٣٧	٣٨
﴿وَلَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّتِى نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنۢ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنكَـٰثًا...﴾	النحل	٩٢	٣٦
﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ...﴾	الأنبياء	٧٨	٢٠٢، ٢٩٨
﴿فَفَهَّمْنَـٰهَا سُلَيْمَـٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا...﴾	الأنبياء	٧٩	٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠١
﴿وَٱمْتَـٰزُوا۟ ٱلْيَوْمَ أَيُّهَا ٱلْمُجْرِمُونَ﴾	يس	٥٩	٣٨

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس الأعلام المترجم لهم

م	الشهرة	الكنية واللقب	الاسم	ص	هامش
١-	إبراهيم بن عبد الله		إبراهيم بن عبد الله بن الحسن	٥٢	٥
٢-	ابن الخيوطي	شمس الدين	محمد بن علي	٥٦	٢
٣-	ابن الصباغ	أبو نصر	عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد	١٢١	١
٤-	ابن العربي	أبو بكر	محمد بن عبد الله بن محمد	١٣	٤
٥-	ابن القاسم	أبو عبد الله	عبد الرحمن بن القاسم	٩٥	٥
٦-	ابن القلفاط	ولي الدين	محمد بن حسن القلفاط	٥٤	٤
٧-	ابن الماجشون	أبو مروان	عبد الملك بن عبد العزيز	٩٧	٤
٨-	ابن المغلي	أبو المواهب علاء الدين	علي بن محمد بن أبي بكر	٨٨	٢
٩-	ابن صَصْرَى	أبو العباس نجم الدين	أحمد بن محمد بن سالم	١٢٣	٢
١٠-	ابن عابدين		محمد أمين بن عمر	١٦٠	٢
١١-	ابن قاضي شهبة	أبو الفضل بدر الدين	محمد بن أبي بكر بن أحمد	٥٦	٤
١٢-	ابن نجيم		زين الدين بن إبراهيم	٢٢٤	٢
١٣-	أبو ثور	أبو ثور	إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان	٨٧	١
١٤-	أبو خزيمة	أبو خزيمة	إبراهيم بن يزيد بن مرة	١٥٦	١
١٥-	أبو عثمان	أبو عثمان أو أبو عثيم	سعيد بن عبد الجبار الزبيدي	٥١	٣
١٦-	أبو عمر الكندي	أبو عمر	محمد بن يوسف بن يعقوب	١٥٦	٤
١٧-	أبو يوسف	أبو يوسف	يعقوب بن إبراهيم	٢٣٨	١
١٨-	البكري		هاشم بن أبي بكر بن عبد الله	١٢٧	٣
١٩-	تقي الدين الحنبلي	تقي الدين	سليمان بن حمزة المقدسي	١٢٣	٥
٢٠-	ثمامة بن عبد الله		ثمامة بن عبد الله بن أنس	٤٩	٢
٢١-	جمال الدين البُرُلُّسِيّ	جمال الدين	عبد الله بن محمد	٨٨	١
٢٢-	جوهر الطواشي		صفي الدين جوهر السيفي	٢١٩	٢
٢٣-	الحارث بن مسكين	أبو عمرو	الحارث بن مسكين	٥٢	٢

تابع - فهرس الأعلام المترجم لهم

م	الشهرة	الكنية واللقب	والاسم	ص	هامش
٢٤-	الحسن البصري	أبو سعيد	الحسن بن أبي الحسن يسار	٤٩	٣
٢٥-	حنش بن المعتمر	أبو المعتمر	حنش بن المعتمر الكوفي	٢٩٤	٣
٢٦-	الخراشي		محمد بن عبد الله الخراشي	٢٦١	٤
٢٧-	خير الدين الرملي		خير الدين بن أحمد بن علي	٢٢٩	١
٢٨-	داود الظاهري	أبو سليمان	داود بن علي بن خلف	٨٧	٢
٢٩-	الرازي الجصاص	أبو بكر	أحمد بن علي	٢٣٢	٥
٣٠-	الزركشي	أبو عبد الله شمس الدين	محمد بن عبد الله بن محمد	٢٥٧	٣
٣١-	الزّهرىّ	أبو يحيي الزّهرىّ	هارون بن عبد الله	٥١	٥
٣٢-	السائح		أبو محمد السائح	٥٢	١
٣٣-	السبكي	أبو نصر تاج الدين	عبد الوهاب بن علي	٨١	١
٣٤-	سحنون		عبد السلام بن سعيد بن حبيب	٩٥	٦
٣٥-	سوار بن قدامة		سوار بن عبد الله بن قدامة	٥٢	٤
٣٦-	شمس الدين لخطيب	شمس الدين	محمد بن محمد الفارسكوري	٥٤	٥
٣٧-	شهاب الدين التلمساني	أبو العباس شهاب الدين	أحمد بن سعيد بن عثمان	٥٦	٣
٣٨-	الصاحب عز الدين	القلانسي	حمزة بن أسعد بن مظفر	١٢٣	٣
٣٩-	عباد بن منصور	أبو سلمة	عباد بن منصور الناجي	٥٢	٦
٤٠-	عبد الكريم زيدان		عبد الكريم زيدان بهيج	١٢٨	١
٤١-	على حيدر أفندي		علي حيدر بن جابر	٤٦	٢
٤٢-	العُمَري	أبو عبد الله	عبد الرحمن بن عبد الله بن المُجَبَّر	١٢٧	١
٤٣-	الكرابيسي	أبو علي	الحسين بن علي يزيد	٢٥٦	٦
٤٤-	كراي		سيف الدين المنصوري	١٢٢	٣
٤٥-	اللخمي	أبو الحسن	علي بن محمد الربعي	٨٠	١

تابع - فهرس الأعلام المترجم لهم

م	الشهرة	الكنية واللقب	والاسم	ص	هامش
٤٦-	الماوردي	أبو الحسن	علي بن محمد بن حبيب	٢٧٠	٣
٤٧-	محمد بن أبي الليث	أبو بكر	محمد بن أبي الليث	٥١	٦
٤٨-	محمد بن الحسن	الشيباني	محمد بن الحسن الشيباني	٢٣٨	٢
٤٩-	مسلمة بن مخلد	أبو معن	مسلمة بن مخلد بن الصامت	٥١	٤
٥٠-	مونتسكيو		مونتسكيو جاك دولاسكوندا	١٣٤	٢
٥١-	ميارة	أبو عبد الله	محمد بن أحمد بن محمد	٢٦٢	٥
٥٢-	نجم الدين الدمشقي		نجم الدين الدمشقي	١٢٣	١
٥٣-	وكيع	أبو بكر الضبي	محمد بن خلف بن حيان	٤٩	١
٥٤-	يزيد بن المهلب	أبو خالد	يزيد بن المهلب بن أبي صفرة	٥٣	١

فهرس المصطلحات

م	المصطلح	تعريفه	الصفحة
١-	إرجاء الحجة للغائب	معناه تأجيل حقه في تقديم دفوعه وحججه...	٢٣٤
٢-	الإعذار	أن يلتمس القاضي للمحكوم عليه كل عذر قبل النطق بالحكم...	٢٤٠
٣-	الإيصال	وثيقة تعطى مقابل ما يدفع من مال أو نحوه	٢٥٨
٤-	بقاء الغائب على حجته	بقاء حقه في الطعن على الحكم، وحقه في إعادة المحاكمة...	٢٣٣
٥-	التصفح	نظر الحاكم العام، أو نائبه، في أقضية قضاة سابقين...	٥٥
٦-	التعقب	نظر الحاكم العام، أو نائبه، في أقضية قضاة سابقين...	٥٥
٧-	التمييز	إعادة النظر في الأحكام لفصل الصحيح عن الخطأ...	٣٨
٨-	الحاجب	وظيفة إدارية كانت تتمثل في منع العامة من الازدحام على أبواب الحكام...	٩٣
٩-	الحجية	منع أن ينظر في موضوع الحكم أمام القضاء مرة أخرى...	١١٢
١٠-	حقوق الله الخالصة	حقوق يعود نفعها على المجتمع بصفة عامة، وسميت بحقوق الله تعظيما...	٢٤٥
١١-	الحكم	القرار الذي يتخذه القاضي المخول بالنظر في خصومة معروضة أمامه...	٨
١٢-	الحكم البات	الحكم الذي لا يقبل الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن...	١٠٩
١٣-	حمى الأئمة	أن يمنع الإمام موضعا لا يقع فيه التضييق على الناس؛ للحاجة العامة	٣٤
١٤-	ذو اليد	هو الذي وضع يده على عين بالفعل...	١٨٧
١٥-	الرباع	نتاج الماشية...	٢٤٥
١٦-	الزُّبيَّة	حفرة تحفر في أعلى المسيل ثم تُخفى؛ لاصطياد الوحوش	٢٩٢
١٧-	زمّام الدور السلطانية	منصب سياسي وإداري عثماني مسئول عن الأمور المالية في الدولة	٢١٩

تابع - فهرس المصطلحات

م	المصطلح	تعريفه	الصفحة
١٨-	الطعن	الطعن في الحكم هو التظلم منه، يرفع ممن صدر عليه هذا الحكم	١٢
١٩-	العدل العالم	القاضي الذي اتسم بالعدالة وبلغ الاجتهاد في الفقه	٥٥
٢٠-	الغياب الاعتباري	المتصف به يملك حق المعارضة بعد علمه بالحكم، ولو حضر بعض الجلسات...	٢٣٩
٢١-	الغياب الحقيقي	هو عدم حضور بعض الخصوم بعض الجلسات...	٢٣٩
٢٢-	قاضي المظالم	قاض نافذ الأمر يقود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة والزجر	٤٨
٢٣-	القاعدة	الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزيئات كثيرة تفهم أحكامها منها	٨٣
٢٤-	القضاء	هو إصدار القرار الملزم في الخصومة من مؤهل، بعد نظره في واقع الخصومة...	٥
٢٥-	مبدأ احترام حقوق الدفاع	أن يعطى الخصم الحق في إبراز دفوعه ضد كل ادعاء موجه من الخصم الآخر	٢٠٠
٢٦-	مبدأ ثبات النزاع	أن القاضي يقيد بعدم الخروج عن موضوع النزاع، وطلبات الخصوم	٢٠٠
٢٧-	مبدأ سيادة الخصوم	أن الخصوم هم الذين يحددون طلباتهم، ولا سلطة للقاضي في تغييرها...	٢٠٠
٢٨-	محلل الرهان	هو شخص يدخل في السباق فيكافئ فرسه فرسي المتسابقين، حيث لا يغنم ولا يغرم...	١٢٧
٢٩-	المسألة السريجية	نسبة لابن سريج القاضي، وهي أن يقول الشخص لزوجته إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا	٨٣
٣٠-	المسألة المُشَرّكة	فيها زوج، وأم، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فللزوج النصف، وللأم السدس، واختلف حول الثلث الباقي...	٩٥

تابع - فهرس المصطلحات

م	المصطلح	تعريفه	الصفحة
٣١-	المسخر	من ينصبه القاضي لسماع الدعوى على الغائب	٢٤٠
٣٢-	المعارضة	طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية...	٢٣٥
٣٣-	المفسر	الذي يعرف المراد به مكشوفا على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل	٧٣
٣٤-	المليء	من الملاءة، وهي الغنى واليسار والقدرة على الوفاء بالتزام مالي	١٥٧
٣٥-	النقض	نقض الأحكام القضائية هو إلغاؤها، وإزالة الآثار المترتبة عليها	٣٦
٣٦-	النيابة الاتفاقية	وهي النيابة التي تتم بالاتفاق بين الخصم ونائبه	١٩٦

فهرس الأحكام القضائية من المصادر التاريخية

م	الحكم	التاريخ	المصدر	ص
١-	نقض هاشم بن أبي بكر البكري لحكم عبد الرحمن بن المُجَبَّر العمري في قضية مراد ويحصب في سباق الخيل	قبل ٩٤هـ	رفع الإصر عن قضاة مصر	١٢٧
٢-	نقض هاشم بن أبي بكر البكري لأحكام عبد الرحمن بن المُجَبَّر العمري من خلال، وتعقب كل ما أشهد عليه في السجل.	قبل ٩٤هـ	رفع الإصر عن قضاة مصر	١٢٧
٣-	تأييد ثمامة بن عبد الله لقضاء لحكم الحسن (البصري)	١٠٦هـ-١١٠هـ	أخبار القضاة لوكيع	٤٩
٤-	تأييد أبي خزيمة إبراهيم بن يزيد للحكم السابق في حق المحبوسين من بني مسكين	١٤٤هـ-١٥٤هـ	رفع الإصر عن قضاة مصر	١٥٦
٥-	نقض سوار بن قدامة لأحكام عباد بن منصور؛ لاعتقاد بطلان ولايته	عام ١٤٥هـ	أخبار القضاة لوكيع	٥٢
٦-	نقض سوار بن قدامة لحكمه السابق بنقض أحكام عباد بن منصور	عام ١٤٥هـ	أخبار القضاة لوكيع	٥٢
٧-	نقض القاضي الحارث بن مسكين لحكم القاضي محمد بن أبي الليث الذي نقض حكم هارون بن عبد الله في قضية دار أبي عثمان مولى بني سلمة	قبل ٢٥٠هـ	كتاب الولاة وكتاب القضاة	٥١
٨-	نقض القاضي تقي الدين الحنبلي حكم القاضي نجم الدين الدمشقي ببطلان البيع الذي اشتراه ابن القلانسي من تركة السلطان الملك المنصور	قبل ٧١٩هـ	أعيان العصر وأعوان النصر	١٢٣

تابع - فهرس الأحكام القضائية من المصادر التاريخية

م	الحكم	التاريخ	المصدر	ص
٩-	نقض قرار السلطان بأن الحجاب لا يحكمون في المسائل الشرعية	٨٢٣هـ	إنباء الغمر بأنباء العمر	٩٣
١٠-	إلغاء السلطان لحكم القاضي الحنفي بنقض حكم نفسه، وإثبات صحة شراء شرف الدين السفاري لجزيرة قاو من الصعيد من مستحقي الحرمين.	٨٣٦هـ	إنباء الغمر بأنباء العمر	٢١٨
١١-	إلغاء حكم القاضي عبد الله بن محمد البرلسي المتعلق بكنيسة اليهود؛ لتناقضه مع حكم سابق لقاضي القضاة علاء الدين بن المغلي الحنبلي	٨٤٥هـ	إنباء الغمر بأنباء العمر	٨٨
١٢-	نقض هيئة كبار فقهاء المذاهب لحكم شمس الدين الخيوطي المالكي بإبقاء أحفاد يهودية أسلمت على الكفر	٩٠٧هـ	كتاب مفاكهة الخلان في حوادث الزمان	٥٦
١٣-	إلغاء السلطان الغوري لحكم محمد بن القلفاط الشافعي لتناقضه مع حكم شمس الدين الخطيب الحنفي في ذات الموضوع	قبل ٩١١هـ	كتاب الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة	٥٤
١٤-	نقض السلطان لقرار نفسه بالإفراج عن جميع المسجونين؛ بسبب المجاعة	٩٣٩هـ	كتاب السلوك لمعرفة دول الملوك	٥٥

فهرس الأحكام القضائية من محكمة النقض المصرية

م	بيانات الحكم	الصفحة
١-	طعن مدني رقم ٢٧٧ لسنة ٥٨ق- جلسة ١٩٩٢/١١/٢م	١٦٢
٢-	طعن مدني رقم ٦٥ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٤/١/١٣م	١٠٩
٣-	طعن مدني رقم ٤٧٤٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٤/٢/٨م	١١١
٤-	طعن مدني رقم ٦٠٤٩ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م	١٠٨
٥-	طعن مدني رقم ٩١٥ لسنة ٦٧ق – جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م	٣٣٩
٦-	طعن مدني رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٥/١/١٠م	١٥٣
٧-	طعن مدني رقم ١٢٩٣ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠٠٥/٢/٨م	٣٣٨
٨-	طعن مدني رقم ٦٤٥٢ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٤م	١٥٤
٩-	طعن مدني رقم ٢١٥٦ لسنة ٥٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٣/١٠م	١٧١
١٠-	طعن مدني رقم ٥٠٦ لسنة ٦٦ق – جلسة ٢٠٠٤/٣/١٥م	١٦٨
١١-	طعن مدني رقم ٣٥٢ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٤/١٤م	٨٨، ١٠٨
١٢-	طعن مدني رقم ٦٩٣٧ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٥/٨م	١٧١
١٣-	طعن مدني رقم ٤١٨٧ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٥/٥/١١م	١٥٣
١٤-	طعن مدني رقم١٠٨٠ لسنة٧٤ق – جلسة ٢٠٠٥/٦/٥م	٦٨
١٥-	طعن مدني رقم ٦٤٨ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٦/١٣	١١٠

فهرس الأحكام القضائية من مدونة الأحكام السعودية

م	رقم الصك	تاريخه	الصفحة
١-	٢/٤٠	١٤٠٨/٥/١٠هـ	٢٦٤
٢-	٦/٦/٣٩	١٤١٤/١/١٤هـ	٢٦٤
٣-	٢٠/٥٢٤	١٤٢٤/١٢/٢٦هـ	٣٢١
٤-	١٠/١٥٧	١٤٢٥/٤/١٢هـ	٣٢١
٥-	٩/١١٨٣/١٩٨	١٤٢٥/١٠/٢٤هـ	٣٢١
٦-	٣١/٣٢٨	١٤٢٥/١٠/٢٤هـ	٣٢١، ٣٣٣
٧-	١٦/٣٥٨	١٤٢٥/١١/١٦هـ	٣٢١، ٣٣٣
٨-	٣١/٢٧٨	١٤٢٥/١٢/٢٩هـ	٣٢١
٩-	١٦/٢٠	١٤٢٦/١/٢٠هـ	٣٣٣
١٠-	٣١/٣٦	١٤٢٧/٣/٧هـ	٣٣٢
١١-	٨/٧٤	١٤٢٧/٨/١٧هـ	٢٤٢

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم وتفسيره

١-	القرآن الكريم
٢-	أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (ت٥٤٣هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، د. ت
٣-	تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، تحقيق محمود أحمد شاكر، ط٢، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، د.ت
٤-	تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن)، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت٦٧١هـ)، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، (١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)
٥-	تفسير الماوردي (النكت والعيون)، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق السيد عبد المقصود عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت
٦-	تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، لعبد الرحمن بن ناصر بن السعدي (ت١٣٧٦هـ)، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ط١، (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠ م)
٧-	فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق الدكتور عبد الرحمن عميرة، دار الوفاء، بيروت، د.ط - د.ت

ثانيا: كتب الحديث وعلومه

٨-	إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، للإمام الحافظ شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري (ت٨٤٠هـ)، دار الوطن، الرياض، ط١، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)
٩-	إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)

البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تأليف سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقن (ت٨٠٤هـ)، تحقيق أحمد سليمان أيوب وآخرين: دار الهجرة: الرياض: ط١، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م)	-١٠
بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٨٠٧هـ) تحقيق عبد الله محمد الدرويش، دار الفكر، بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، د.ط	-١١
تاريخ المدينة، لأبي زيد عمر بن شبة بن عبيدة بن ريطة النميري البصري (ت٢٦٢هـ)، تحقيق فهيم محمد شلتوت، الناشر حبيب محمود أحمد، جدة، ١٣٩٩هـ	-١٢
جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، للإمام أبي الفرج زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين الشهير بابن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)	-١٣
جامع بيان العلم وفضله، لأبي عمر يوسف بن عبد البر (ت٤٦٣هـ)، تحقيق أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)	-١٤
سبل السلام بشرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعيل المعروف بالأمير الصنعاني (ت١١٨٢هـ)، تحقيق عصام الدين الصبابطي وعماد السيد، القاهرة، دار الحديث، د.ت	-١٥
السلسلة الصحيحة المسمى سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، محمد ناصر الدين الألباني (ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف، الرياض د.ط، د.ت	-١٦
سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٧٥هـ) تحقيق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، دار ابن حزم، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)	-١٧
سنن الترمذي: محمد بن عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط٢، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م)	-١٨
السنن الكبرى للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت٤٥٨هـ)، مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد - الهند، ط١، ١٣٤٤هـ	-١٩

-٢٠	سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر بن سنان النسائي (ت٣٠٣هـ) بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي (ت٩١١هـ) وحاشية السندي (ت١١٣٨هـ)، تحقيق مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت
-٢١	صحيح البخاري (الجامع الصحيح المسند)، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ)، تحقيق محب الدين الخطيب، المكتبة السلفية، القاهرة، ط١، (١٤٠٠هـ)
-٢٢	صحيح مسلم (الجامع الصحيح) للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (ت٢٦١هـ)، بيت الأفكار الدولية، الرياض، (١٤١٩هـ-١٩٩٨م)
-٢٣	عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي عبد الرحمن شرف الحق محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر (ت١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ
-٢٤	فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) تحقيق محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت
-٢٥	فضائل الصحابة ومناقبهم وقول بعضهم في بعض صلوات الله عليهم، للإمام الحافظ أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، تحقيق محمد خليفة الرباح، مكتبة الغرباء الأثرية، ط١، (١٤١٩هـ-١٩٩٨م)
-٢٦	المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (ت: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، (١٤١١هـ - ١٩٩٠م)
-٢٧	مسند أبي داود الطيالسي سليمان بن داود بن الجارود (ت٢٠٤هـ)، تحقيق محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، د.ط - د.ت
-٢٨	المسند للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت٢٤١هـ)، شرح وفهرسة أحمد محمد شاكر، القاهرة، دار الحديث، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م)
-٢٩	مصنف عبدالرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت٢١١هـ)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط٢، المجلس العلمي، جوهانسبرج،(١٤٠٣هـ -١٩٨٣م)
-٣٠	المصنف لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت٢٣٥هـ) تحقيق محمد عوامة، دار القبلة، جدة، ومؤسسة علوم القرآن، دمشق، ط١، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م)

٣١-	معالم السنن (شرح سنن أبي داود) لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية، حلب، ط١، (١٣٥١هـ-١٩٣٢م)
٣٢-	المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي، تأليف الحافظ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق دار المشكاة، الناشر دار الوطن، الرياض، ط١، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)
٣٣-	نظم المتناثر من الحديث المتواتر، لأبي عبد الله محمد بن أبي الفيض جعفر بن إدريس الحسني الإدريسي الشهير بالكتاني (ت١٣٤٥هـ)، تحقيق شرف حجازي، دار الكتب السلفية، القاهرة،ط٢، د.ت

ثالثا: كتب الفقه

الفقه الحنفي:

٣٤-	الاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين أبي الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت٦٨٣)، علق عليه الشيخ محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د. ت
٣٥-	البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ) دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط٢، د.ت
٣٦-	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)
٣٧-	البناية في شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى العيني الحنفي (ت٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م)
٣٨-	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت٧٤٣هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.ت
٣٩-	درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرموزا منلا خسرو، (ت٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.ط-د.ت
٤٠-	رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار(حاشية ابن عابدين)، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، ط٢ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م)

٤١-	العناية شرح الهداية، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي (ت٧٨٦هـ)، دار الفكر، د.ط-د.ت
٤٢-	فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي (ت٨٦١هـ)، دار الفكر، د.ت - د.ط
٤٣-	المبسوط، لشمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي (ت٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، (١٤١٤هـ- ١٩٩٣م)
الفقه المالكي:	
٤٤-	بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير المعروف بـ (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، للشيخ أبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت١٢٤١هـ)، مطبوع مع الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة، د.ت
٤٥-	البيان والتحصيل، والشرح والتوجيه والتعليل، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق د. محمد حجي، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبي القرطبي (ت٢٥٥هـ)، دار الغرب الإسلامي، ط٢، (١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨ م)
٤٦-	التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المواق المالكي (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٤م)
٤٧-	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ)، وهو حاشيةٌ على شرح الشيخ الدردير أحمد بن محمد (١٢٠١هـ) المسمى بالشرح الكبير، دار الفكر، د.ط-د.ت
٤٨-	الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت٦٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٢ هـ-٢٠٠١م)
٤٩-	شرح مختصر خليل للخرشي، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت١١٠١هـ) دار الفكر، د.ط-د.ت

٥٠-	المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت١٧٩هـ)، برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي (ت٢٥٦هـ) عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، مطبوع مع مقدمات بن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م)
٥١-	منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عليش (ت١٢٩٩هـ) دار الفكر، بيروت، د-ط، (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)
٥٢-	مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (ت٩٥٤هـ) بيروت، دار الفكر، ط٣، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م)
٥٣-	النوادر والزيادات على ما في المدَوَّنة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت٣٨٦هـ)، تحقيق عبد الفتّاح محمد الحلو وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م
الفقه الشافعي:	
٥٤-	أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زين الدين أبي يحي زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري السنيكي الشافعي (ت٩٢٦هـ)، ومعه حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت
٥٥-	الأم، للإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي (ت٢٠٤هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، مطبوع معه مختصر المزني، د.ط، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م)
٥٦-	البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني (ت٥٥٨هـ)، تحقيق قاسم محمد النوري، بيروت، دار المنهاج، ط١، (١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م)
٥٧-	التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج) لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (ت١٢٢١هـ)، مطبعة الحلبي، (١٣٦٩هـ-١٩٥٠م)
٥٨-	تحفة المحتاج شرح المنهاج، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي (ت٩٧٤هـ)، دار إحياء التراث العربي، د.ط-د.ت
٥٩-	حاشية البجيرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب)، تأليف الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي (ت١٢٢١هـ)، دار الفكر، دمشق، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)

-٦٠	حاشية الجمل (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (ت١٢٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ط-د. ت
-٦١	حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للامام النووى فى فقه الشافعي، تأليف: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري (ت١٠٦٩هـ) و شهاب الدين أحمد البرلسى الملقب بعميرة (ت٩٥٧هـ)، دار الفكر، بيروت، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)
-٦٢	الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)
-٦٣	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت٩٧٧هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م)
-٦٤	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ط، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م)
الفقه الحنبلي:	
-٦٥	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدوي الحنبلي (ت٨٨٥هـ)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط٢، د.ت
-٦٦	الروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، مكتبة دار البيان، دمشق، تحقيق بشير محمد عيون، ط٢، (١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م)
-٦٧	شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت٧٧٢هـ)، دار العبيكان، الرياض، ط١، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م)
-٦٨	الشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد بن صالح العثيمين (ت١٤٢١هـ)، الرياض، دار بن الجوزي، ط١، ١٤٢٧هـ
-٦٩	شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الرياض، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م)

٧٠-	العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (ت٦٢٤هـ)، دار الحديث، القاهرة، د.ط، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣ م)
٧١-	الفروع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي (ت٧٦٣هـ)، عالم الكتب، الرياض، ط٤، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)
٧٢-	الكافي، لموفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)
٧٣-	كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، بيروت، دار الفكر، د.ط، (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م)
٧٤-	المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح (ت٨٨٤هـ)، تحقيق محمد حسن إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١،(١٤١٨هـ-١٩٩٧م)
٧٥-	مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني الحنبلي (ت١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م)
الفقه الظاهري:	
٧٦-	المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن سعيد بن حزم (ت٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت
الفقه العام والفقه المقارن:	
٧٧-	السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تأليف أبي علي **محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت١٢٥٠هـ)، دار ابن حزم، ط١، د.ت**
٧٨-	مدارج السالكين بين «منازل إياك نعبد وإياك نستعين»، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٣، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م)
٧٩-	المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.ط، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م)
٨٠-	الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، صدرت في سنوات متعددة

كتب الفتاوى:

٨١-	رفع الملام عن الأئمة الأعلام، تأليف تقي الدين أحمد بن تيمية (ت٧٢٨هـ)، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، د.ت-د.ط
٨٢-	العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت١٢٥٢هـ) دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت
٨٣-	فتاوى السبكي، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، دار المعارف، د.ط-د.ت
٨٤-	الفتاوى الفقهية الكبرى، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي (ت٩٧٤هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ط، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)
٨٥-	الفتاوى الكبرى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٠٨هـ-١٩٨٧م)
٨٦-	الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تأليف الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، ط٢، (١٣١٠هـ)
٨٧-	فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي (ت١٢٩٩هـ)، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت
٨٨-	مجموعة الفتاوى لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد ابن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، المنصورة، ط٣، (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م).

كتب القضاء والسياسة الشرعية:

٨٩-	الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بـ(شرح ميارة)، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الفقيه ميارة المالكي (١٠٧٢هـ)، والكتاب شرح لمنظومة (تحفة الحكام) لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي (ت٨٢٩هـ)، مطبعة الاستقامة، القاهرة، د.ط-د.ت
٩٠-	الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت

٩١-	الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي المعروف بالقرافي، (ت٦٨٤هـ)، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط٢، (١٤١٦هـ ١٩٩٥م)
٩٢-	أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين إبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي (ت٦٤٢هـ)، تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط١، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م)
٩٣-	إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، (ت٧٥١هـ) تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٣هـ
٩٤-	تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المعروف بابن فرحون، (ت٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)
٩٥-	جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (ت٨٨٠هـ)، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)
٩٦-	درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩١م)
٩٧-	شرح أدب القاضي للخصاف، المتن لأبي بكر أحمد بن عمر الخصاف (ت٢٦١هـ) والشرح لبرهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري الحنفي المعروف بالصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط١، (١٣٩٧هـ-١٩٧٧م)
٩٨-	معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لأبي الحسن علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت٨٤٤هـ)، دار الفكر، د.ت
رابعا: كتب أصول الفقه	
٩٩-	الإبهاج في شرح المنهاج، تأليف شيخ الإسلام علي بن الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ط، (١٤٠١هـ - ١٩٨١م)

١٠٠-	الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، (ت٤٥٦هـ)، طبعة قوبلت بالنسخة المحققة بواسطة الشيخ أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د.ت - د.ط
١٠١-	الإحكام في أصول الأحكام، للإمام العلامة علي بن محمد الآمدي (ت٦٣١هـ)، تحقيق الشيخ عبد الرازق عفيفي، الرياض، دار الصميعي، ط١، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)
١٠٢-	إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق سامي بن العربي الأثري، الرياض، دار الفضيلة، ط١، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)
١٠٣-	الإشارة في أصول الفقه، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي (ت٤٥٠هـ) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط٢، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)
١٠٤-	أصول السرخسي، لأبي بكر أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ)، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م)
١٠٥-	البدر الطالع في حل جمع الجوامع، لأبي عبد الله جلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي (ت٨٦٤هـ) تحقيق مرتضى الداغستاني، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط١، (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م)
١٠٦-	التقرير والتحبير في شرح التحرير، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج (ت٨٧٩هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)
١٠٧-	شرح الكوكب المنير، لأبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي، المعروف بابن النجار الحنبلي (ت٩٧٢هـ) مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٢هـ
١٠٨-	شرح مختصر المنتهى الأصولي، للعلامة القاضي عضد الدين عبد الرحمن الإيجي (ت٧٥٦هـ) المعروف بـ (شرح الإيجي على مختصر ابن الحاجب)، تحقيق محمد حسن محمد إسماعيل، ومعه عدة حواش، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٤م)
١٠٩-	قواطع الأدلة في الأصول، منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني (ت٤٨٩هـ)، تحقيق، محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٩م)

١١٠-	كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي (ت٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، د.ط-د.ت
١١١-	اللمع لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، تحقيق محيي الدين ديب مستو ويوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب ودار ابن كثير، دمشق وبيروت، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م)
١١٢-	المحصول في علم أصول الفقه، للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن الرازي (ت٦٠٦هـ)، تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ط - د.ت
١١٣-	نفائس الأصول في شرح المحصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م)
١١٤-	نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي الشافعي (ت٧٧٢هـ)، عالم الكتب، د.ط-د.ت
	خامسا: كتب القواعد الفقهية
١١٥-	الأشباه والنظائر، لأبي الفضل جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي المصري الشافعي (ت٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١، (١٤١١هـ-١٩٩٠م)
١١٦-	الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ (١٤١١هـ-١٩٩١م)
١١٧-	أنوار البروق في أنواء الفروق، المعروف باسم (الفروق) لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي المعروف بالقرافي، (ت٦٨٤هـ)، القاهرة، عالم الكتب، الرياض، د.ت
١١٨-	شرح القواعد الفقهية: تأليف الشيخ أحمد محمد الزرقا، (ت١٣٧٥هـ) تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط٢، بتقديم الدكتور مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)
١١٩-	غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي (ت١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)

سادسا: كتب اللغة والمعاجم

١٢٠-	تاج العروس من جواهر القاموس، للسيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت١٢٠٥هـ)، تحقيق عبد المجيد قطامش وآخرين، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ط١،(٢٠٠١م-١٤٢٢هـ)
١٢١-	تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي (ت٣٧٠هـ)، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م
١٢٢-	شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: نشوان بن سعيد الحميرى اليمني (ت٥٧٣هـ)، تحقيق حسين بن عبد الله العمري وآخرين، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)
١٢٣-	الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م)
١٢٤-	قاموس اللغة الإيطالية Il Dizionzrio di Arabo، تأليف إيوي بالديسيرا، الناشر زينيكلي، ط١، ٢٠٠٤م
١٢٥-	القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي الشيرازي (ت٨١٧هـ)، نسخة مصورة عن ط٣ للمطبعة الأميرية، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (١٤٠٠هـ-١٩٨٠م)
١٢٦-	قاموس المورد، إنجليزي - عربي، منير بعلبكي، د.ط، د.ت
١٢٧-	كتاب التعريفات، للعلامة علي بن محمد الشريف الجرجاني (ت٨١٦هـ)، مكتبة لبنان، بيروت، (١٩٨٥م)
١٢٨-	كتاب العين مرتبا على حروف المعجم، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت١٧٠م)، ترتيب وتحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)
١٢٩-	لسان العرب، لجمال الدين أبي الفضل محمد بن علي بن أحمد، المعروف بابن منظور (ت٧١١هـ)، تحقيق عبد الله الكبير وآخرين، طبعة دار المعارف، القاهرة، ط١، (١٩٨٤م)

١٣٠-	المحكم والمحيط الأعظم: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي المعروف بابن سيده (ت٤٥٨) تحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)
١٣١-	مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت٩٣٠هـ)، مكتبة لبنان، بيروت، د.ط، ١٩٨٩م
١٣٢-	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت٧٧٠)، تحقيق حمزة فتح الله ومحمد حسنين الغمراوي، الطبعة الخامسة، القاهرة، المطابع الأميرية لوزارة المعارف العمومية المصرية (١٩٢٢م)
١٣٣-	المطلع على ألفاظ المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، (ت٧٠٩هـ)، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي، جدة، ط١، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م)
١٣٤-	المعجم الكبير، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، مؤسسة روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ط١، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م)
١٣٥-	معجم اللغة العربية المعاصرة، تأليف أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت١٤٢٤هـ) وآخرين، عالم الكتب، القاهرة، ط١، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)
١٣٦-	معجم المناهي اللفظية، للشيخ بكر عبد الله أبو زيد، الرياض، دار العاصمة، ط٣، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)
١٣٧-	المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط٤، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م)
١٣٨-	معجم لغة الفقهاء، عربي-إنكليزي، تأليف د. محمد رواس قلعة جي (ت١٤٣٦م)، د. حامد صادق قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)
١٣٩-	المغرب في ترتيب المعرب، لأبي الفتح برهان الدين ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على الخوارزمي المُطَرِّزِىّ (ت٦١٠هـ)، دار الكتاب العربي، د.ط-د.ت
١٤٠-	مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ)، تحقيق عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م)

سابعا: كتب الأدب والشعر

١٤١-	جمهرة أشعار العرب، لأبي زيد محمد بن أبي الخطاب القرشي (ت١٧٠هـ)، تحقيق علي محمد البجادي، دار نهضة مصر، القاهرة، د.ط-د.ت
١٤٢-	الشوقيات، الأعمال الشعرية الكاملة لأمير الشعراء أحمد شوقي (ت١٣٥١هـ)، دار العودة، بيروت، ط١، ١٩٨٨م

ثامنا: كتب التاريخ والتراجم والأنساب

١٤٣-	أخبار القضاة، لأبي بكر الضبي الملقب بوكيع (ت٣٠٦هـ)، تحقيق سعيد محمد اللحام، عالم الكتب، الرياض، د.ط، د.ت
١٤٤-	أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن عز الدين علي بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، ابن الأثير (ت٦٣٠هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م)
١٤٥-	الإصابة في تمييز الصحابة، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي الكناني العسقلاني الشافعي المعروف بابن حجر (ت٨٥٢هـ)، وبهامشه الاستيعاب لابن عبد البر (ت٤٦٣هـ)، دار الفكر العربي، د.ط - د.ت
١٤٦-	الأعلام لخير الدين الزركلي (ت١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، بيروت، ط١٥، ٢٠٠٢م
١٤٧-	أعيان العصر وأعوان النصر، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت٧٦٤هـ) تحقيق الدكتور علي أبو زيد وآخرين، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٨م)
١٤٨-	الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب، لأبي نصر سعد الملك علي بن هبة الله بن جعفر بن ماكولا (ت٤٧٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩٠م)
١٤٩-	إنباء الغمر بأنباء العمر، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)
١٥٠-	البداية والنهاية، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت٧٧٤هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)

١٥١-	تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني (ت٨٧٩هـ)، تحقيق محمد خير يوسف، دار القلم، دمشق، ط١، (١٤١٣هـ-١٩٩٢م)
١٥٢-	تاريخ ابن الوردي، لأبي حفص زين الدين عمر بن مظفر بن عمر بن محمد ابن أبي الفوارس ابن الوردي المعري الكندي (ت٧٤٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)
١٥٣-	تاريخ ابن يونس المصري، لأبي سعيد عبد الرحمن بن أحمد بن يونس الصدفي (ت٣٤٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢١هـ)
١٥٤-	تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م)
١٥٥-	تاريخ الدولة العلية العثمانية: الزعيم محمد فريد (بك) بن أحمد فريد (باشا)، المحامي (ت١٣٣٨هـ)، تحقيق إحسان حقي، دار النفائس، بيروت، ط١، (١٤٠١هـ-١٩٨١م)
١٥٦-	تاريخ القضاء في الإسلام، أ.د/ محمد الزحيلي، بيروت، دار الفكر المعاصر، ودمشق، دار الفكر، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)
١٥٧-	تاريخ بغداد وذيوله، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، (١٤١٧هـ)
١٥٨-	تاريخ جرجان، لأبي القاسم حمزة بن يوسف بن إبراهيم السهمي القرشي الجرجاني (ت٤٢٧هـ)، تحقيق محمد عبد المعيد خان، عالم الكتب، بيروت، ط٤، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م)
١٥٩-	تاريخ دمشق، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (ت٥٧١هـ)، تحقيق عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر،د.ط، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)
١٦٠-	تاريخ قضاة الأندلس (المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا)، لأبي الحسن علي بن عبد الله بن محمد بن محمد ابن الحسن الجذامي النباهي المالقي الأندلسي (ت: نحو ٧٩٢هـ)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط٥، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)
١٦١-	تذكرة الحفاظ، أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي (ت٧٤٨هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط-د.ت

-١٦٢	ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ)، تحقيق ابن تاويت الطنجي وآخرين، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط١، طبع في عدة سنوات
-١٦٣	تكملة المعاجم العربية، تأليف رينهارت بيتر آن دُوزِي (ت١٣٠٠هـ)، ترجمة وتحقيق محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام العراقية، ط١، ٢٠٠٠م
-١٦٤	تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، د.ط-د.ت
-١٦٥	تهذيب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط١، ١٣٢٦هـ
-١٦٦	جمهرة أنساب العرب، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت٤٥٦هـ)، تحقيق لجنة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)
-١٦٧	الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد محيي الدين أبي الوفاء القرشي الحنفي (ت٧٧٥هـ)، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، ط٢، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م)
-١٦٨	الدارس في تاريخ المدارس، تأليف عبد القادر بن محمد النعيمي الدمشقي (ت٩٢٧هـ)، تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م)
-١٦٩	الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون اليعمري (ت٧٩٩هـ)، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث، القاهرة، د.ط-د.ت
-١٧٠	رفع الإصر عن قضاة مصر، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، تحقيق علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، (١٤١٨هـ-١٩٨٨م)
-١٧١	السلوك لمعرفة دول الملوك، تأليف أبي العباس أحمد بن علي بن عبد القادر العبيد المقريزي (ت٨٤٥هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، د.ط، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)
-١٧٢	سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)

١٧٣-	شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لأبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد بن العماد العَكري الحنبلي (ت١٠٨٩هـ)، تحقيق محمود الأرناؤوط، وخرج أحاديثه عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط١، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)
١٧٤-	الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لأبي الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (ت٩٠٢هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت، د.ط-د.ت
١٧٥-	طبقات الشافعية، لأبي بكر تقي الدين بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، المعروف بابن قاضي شهبة (ت٨٥١هـ)، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ
١٧٦-	طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي (ت٤٧٦هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، د.ط، ١٩٧٠م
١٧٧-	الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (ت٢٣٠هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م)
١٧٨-	القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، تأليف سعدي أبو حبيب (ت: بعد ١٤١١هـ)، دار الفكر، دمشق، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)
١٧٩-	كتاب الولاة وكتاب القضاة، لأبي عمر محمد بن يوسف بن يعقوب الكندي المصري (ت: بعد ٣٥٥هـ)، تحقيق محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م)
١٨٠-	الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، تأليف نجم الدين محمد بن محمد الغزي (ت١٠٦١هـ)، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)
١٨١-	معجم البلدان لأبي عبد الله شهاب الدين ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ت٦٢٦هـ)، دار صادر، بيروت، ط٢، ١٩٩٥م
١٨٢-	معجم السفر، لأبي طاهر صدر الدين السِّلَفي أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم سِلَفه الأصبهاني (ت٥٧٦هـ)، تحقيق عبد الله عمر البارودي، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ت، د.ط

١٨٣-	معجم المؤلفين، تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة الدمشقي (ت١٤٠٨هـ)، بيروت، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، د.ت-د.ط
١٨٤-	معجم قبائل العرب القديمة والحديثة، تأليف عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة (ت١٤٠٨هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)
١٨٥-	مفاكهة الخلان في حوادث الزمان، لشمس الدين محمد بن علي بن خمارويه بن طولون الدمشقي الصالحي الحنفي (ت٩٥٣هـ) تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٨م)
١٨٦-	مقاتل الطالبيين، لأبي الفرج علي بن الحسين بن محمد بن أحمد بن الهيثم المرواني الأموي القرشي الأصبهاني (ت٣٥٦هـ)، تحقيق السيد أحمد صقر، دار المعرفة، بيروت، د.ط-د.ت
١٨٧-	مقدمة ابن خلدون (ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر) لأبي زيد ولي الدين عبد الرحمن بن محمد بن محمد ابن خلدون الحضرمي الإشبيلي (ت٨٠٨هـ)، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط٢، (١٤٠٨ هـ-١٩٨٨م)
١٨٨-	المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، لأبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت٥٩٧هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م)
١٨٩-	المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي، لأبي المحاسن جمال الدين يوسف بن تغري بردي بن عبد الله الظاهري الحنفي (ت٨٧٤هـ)، تحقيق محمد محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د.ط-د.ت
١٩٠-	ميزان الاعتدال للذهبي في نقد الرجال للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (ت٧٤٨هـ)، تحقيق علي محمد معوض وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م)
١٩١-	نسب معد واليمن الكبير، لأبي المنذر هشام بن محمد بن السائب الكلبي (ت٢٠٤هـ)، تحقيق ناجي حسن، عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية، ط١، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)
١٩٢-	الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت٧٦٤هـ)، تحقيق أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م)
١٩٣-	وفيات الأعيان، لابن خلكان (ت٦٨١هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د.ط-د.ت

تاسعا: كتب العقيدة والفرق

١٩٤- مجموع رسائل الحافظ ابن رجب الحنبلي، تأليف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت٧٩٥هـ)، تحقيق طلعت فؤاد الحلواني، دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط٢، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م)

١٩٥- منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، تحقيق محمد رشاد سالم، ط١، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)

عاشرا: المراجع القانونية

١٩٦- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، ١٩٩٠

١٩٧- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام – المجلد الأول – الإثبات ط٢ ١٩٨٢م – دار النهضة العربية، د.ت

١٩٨- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون بيان الناشر، ط١، (٢٠١١م)

١٩٩- أحمد محمد حشيش، الوجيز في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٠م

٢٠٠- أحمد مسلم، أصول المرافعات-التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ١٩٧٩م

٢٠١- أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٨م

٢٠٢- أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م

٢٠٣- أسامة المليجي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م د.ط

٢٠٤- حسن علي مجلي، موسوعة شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، د.ت - د.ط

٢٠٥-	حيدر أحمد دفع الله، قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق-دراسة مقارنة، مركز شريح القاضي للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، ط٣، ٢٠١٠م
٢٠٦-	سعد عصفور، المباديء الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف الإسكندريه ١٩٨٠م
٢٠٧-	السعيد محمد الأمازي وعبد الحميد نجاشي الزهيري، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ن، ط١، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م)
٢٠٨-	عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري-دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط٢، ٢٠٠٠م
٢٠٩-	عبد التواب مبارك، الوجيز في أصول القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٨م
٢١٠-	عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ط٢، ١٩٢١م
٢١١-	عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء – قواعد المرافعات في التنظيم القضائي والدعوى والاختصاص – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبأنظمة المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية، الرياض، د.ط، (١٤٠١هـ-١٩٨١م)
٢١٢-	عبد الفتاح السيد، الوجيز في المرافعات المصرية، مطبعة النهضة، القاهرة، ط٢، ١٩٢٤م
٢١٣-	عبد الفتاح سليمان، المبسط في شرح نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الرياض، (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)
٢١٤-	عبد الله محمد سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، دار ابن فرحون، د.ط-د.ت
٢١٥-	عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط٢، ١٩٥٤م
٢١٦-	فاروق كيلاني، استقلال القضاء، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٧٧م)
٢١٧-	فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، د.ط (٢٠٠٨م)

٢١٨-	محمد سعد أبو شتا، قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقا عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط١، د.ت
٢١٩-	محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية (دراسة تطبيقية مقارنة تشمل مصر وسلطنة عمان)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٢م
٢٢٠-	محمود السيد عمر التحيوي، نظام القضاء المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠١م
٢٢١-	معوض عبد التواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، د.ت
٢٢٢-	نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (٢٠٠٤م)
٢٢٣-	نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط. ٢٠٠٤م
٢٢٤-	نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (٢٠١١م)
٢٢٥-	وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني – قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠١م

حادي عشر: كتب أخرى

٢٢٦-	الإدارة في عصر الرسول ﷺ تأليف أحمد عجاج كرمى، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤٢٧هـ
٢٢٧-	أصول الفقه، للشيخ محمد الخضري بك المفتش بوزارة المعارف المصرية، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ط٦، (١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م)
٢٢٨-	تاريخ التشريع الإسلامي، للدكتور مناع القطان، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٤، د.ت
٢٢٩-	تقنين الشريعة أضراره ومفاسده، للشيخ عبد الله بن الرحمن بن بسام، دار الثقافة، مكة، د.ط (١٣٧٩هـ)

٢٣٠- تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، الرياض، دار الفضيلة، ط١، (١٤٢٦هـ)

٢٣١- تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، الدكتور محمد زكي عبد البر، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط٢، (١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)

٢٣٢- روح الشرائع، لمونتسكيو، ترجمة عادل زعيتر، دار المعارف، القاهرة، ط١، ١٩٥٣م

٢٣٣- السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، للدكتور نصر فريد واصل، مفتي مصر الأسبق، المكتبة التوقيفية، القاهرة، ط٢، د.ت

٢٣٤- الشريعة الإسلامية لا القوانين الجاهلية، للدكتورعمر سليمان الأشقر، دار الدعوة، الكويت، ط٢، (١٩٨٦م - ١٤٠٦هـ)

٢٣٥- الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، د. وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤، د.ت

٢٣٦- المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط١، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)

٢٣٧- المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، للدكتور محمد سلام مدكور، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط٢، (١٩٩٦م)

٢٣٨- مقدمة الدستور أو الأسباب الموجبة له، تقي الدين النبهاني، دار الأمة، بيروت، د.ط، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)

٢٣٩- نظام الحكم في الإسلام، تقي الدين النبهاني، دار الأمة، ط٦، (١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م)

٢٤٠- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)

٢٤١- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد رأفت عثمان، دار البيان، ط٢، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م)

ثاني عشر: الرسائل العلمية

٢٤٢- حجية الحكم القضائي - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراة، للطالب مراد كاملي، إشراف أ.د. سعيد فكرة، جامعة باتنة، الجزائر، ٢٠٠٨م

٢٤٣- درجات التقاضي في الفقه الإسلامي وتجربة تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان، رسالة دكتوراة، للطالب حيدر أحمد دفع الله، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، إشراف أ.د/ يوسف محمود قاسم، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م

٢٤٤- عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، رسالة ماجستير، للباحث أحمد محمد نور سيف، إشراف الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط٢، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)

٢٤٥- القضاء على الغائب، رسالة ماجستير، إعداد الطالب عبد الله مصلح الثمالي، إشراف الدكتور حسين حامد حسان، من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد العزيز (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م)

٢٤٦- مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، للدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، رسالة دكتوراة، دار البشائر الإسلامية، ط٢، (١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م)

ثالث عشر: نصوص الأنظمة والقوانين والمشروعات

٢٤٧- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم ٩٥ لسنة ١٩٥١م

٢٤٨- قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م

٢٤٩- قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥م المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م

٢٥٠- قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م

٢٥١- قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م

٢٥٢- قانون المرافعات المصري رقم رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م والمعدل بقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م

٢٥٣- قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م

٢٥٤-	لائحة تعليمات تمييز الأحكام الشرعية الصادرة في ١٣٨٦/١١/٢٥هـ
٢٥٥-	مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي
٢٥٦-	مشروعات تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، مجلس الشعب المصري، إدارة الصحافة والنشر، د.ط، ١٩٨٣م
٢٥٧-	نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) والتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ الموافق ١ أكتوبر ٢٠٠٧م
٢٥٨-	نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) في ١٤٣٥/١/٢٢هـ الموافق ٢٥ نوفمبر ٢٠١٣م
٢٥٩-	نظام المرافعات الشرعية السعودي القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ الموافق ٢٠ أغسطس ٢٠٠٠م

رابع عشر: الدوريات والأحكام القضائية والمواقع الإلكترونية

٢٦٠-	صحيفة الشرق الأوسط ١٠٨٥٤ بتاريخ ١٦/ ٨/ ٢٠٠٨م
٢٦١-	مجلة البحوث الإسلامية، إصدار اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية
٢٦٢-	مجلة الحقوق – جامعة الكويت - السنة السادسة – العدد الثالث - ذو القعدة ١٤٠٢هـ - سبتمبر ١٩٨٢م
٢٦٣-	مجلة العدالة الإماراتية، أبو ظبي، العدد ١١، السنة ٣، لسنة ١٩٧٦م
٢٦٤-	مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية – جامعة القاهرة – العدد ٥٧ لسنة ١٩٨٧م – مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي – ١٩٩٠م
٢٦٥-	مجلة هيئة قضايا الدولة – مصر – العدد الرابع – السنة الثامنة والأربعون – أكتوبر – ديسمبر ٢٠٠٤م، العدد ١٩٢.
٢٦٦-	مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية

٢٦٧-	مدونة الأحكام القضائية بالمملكة العربية السعودية، الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام، وزارة العدل، الإصدار الأول (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م)، والإصدار الثاني والثالث (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)
٢٦٨-	موقع /http://www.collinsdictionary.com

فهرس الموضوعات


الحمد لله رب العالمين